GAI INSTITUTIONUM

COMMENTARIUS TERTIUS

§§ 88—225 (Obligationenrecht)

Text
mit Erklärung und Anhängen

von

Ferdinand Kniep
Professor der Rechte in Jena

Jena
Verlag von Gustav Fischer
1917

Wie die ersten vier Bände, so enthält auch dieser fünfte Band zunächst den Text mit kritischen Bemerkungen. Ihm schließt sich an ein reichhaltiger Kommentar, welcher den Inhalt sowohl in materiellrechtlicher wie prozeßrechtlicher Beziehung zu erfassen sich anschickt. Es ist der Versuch gemacht, die Zutaten des Gajus von seiner Vorlage wie auch nachgajanischen Zusätzen abzusondern, und schließlich zurückgegangen auf einen als möglich angenommenen ursprünglichen Grundstock. Die Institutionen des Gajus sind nach verschiedenen Richtungen für den Entwicklungsgang des römischen Rechtes von grundlegender Bedeutung; um so mehr ist es geboten, Altes und Neues hier auseinanderzuhalten.

Jena im November 1916.

Inhalt.

(Commentarius tertius)[1]

88. (Nunc transeamus)[2] ad obligationes. Quarum summa diuisio in duas species diducitur. Omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.

89. Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur[3]) obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.

90. Re contrahitur obligatio uelut mutui datione,

proprie in his fere rebus contingit[4]),

qua res pondere, numero mensura constat[5]): qualis est pecunia numerata uinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque

1) Vgl. Bd. 2 Abt. 2 S. 1.

2) So schon Goeschen auf Grund von I. I. III, 13 pr.

3) So Goeschen, HS. trahitur. Das Zeichen für con scheint ausgefallen zu sein. HS. 51, 20 = I, 193 steht sogar hat für contrahat; hier wird das Zeichen für contra ausgefallen sein.

4) Dieser Satz ist später eingefügt, das folgende qua gehört zu datione. Böcking hat mutui autem datio vor proprie eingeschaltet Huschke fere getilgt, Kr. das folgende qua res durch quae ersetzt und dementsprechend das damit zu verbindende consta zu constant erweitert. Das fere ist übrigens für die spätere Zeit in einem gewissen Sinne richtig. Vgl. Ulp. fr. 11 pr. fr. 15 de reb. cred. 12, 1 und dazu Präscr. S. 10; ferner c. 8 si cert. pet. 4, 2 vom Jahre 293; c. 25 Imp. Constantinus de us. 4, 32; nou. 136 c. 3 und dazu Huschke, Darlehn S. 21; Mitteis Z. R. G. Bd. 32 S. 205 flg.

5) HS. consta, Ausfall des Schluß-t.

nobis non eadem sed alia[1]) eiusdem naturae reddantur.

Unde[2]) etiam mutuum appellatum, quia[3]) quod ita tibi[4]) a me datum est ex meo tuum[5]) fiat[6]).

91. Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur: nam proinde ei condici potest 'si parret eum dare oportere', ac si mutuum[7]) accepisset.

Unde[8]) quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutore auctore[9]) non debitum per errorem datum est non teneri condictione non magis quam mutui datione[10]). Sed haec species obligationis non uidetur[11]) ex contractu consistere, quia[12]) is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere[13]).

---

1) I. I. III, 14 pr. eaedem res sed aliae.

2) Gajanisch: siehe zu III, 57.

3) Gajanisch: siehe zu III, 84.

4) So Goeschen, HS. itabi, Ausfall einer ähnlich anlautenden Silbe.

5) HS. tum.

6) Goeschen, dem viele folgen, fit.

7) HS. mutum.

8) Gajanisch: siehe zu III, 90.

9) HS. totae statt tutae = tutore auctore: siehe zu II, 80. I. I. III, 14 § 1 tutoris auctoritate..

10) Der Satz, daß ein Unmündiger durch Annahme eines Darlehns, wenn kein Vormund mitwirkte, bis zum Belaufe der Bereicherung hafte, geht zurück auf Kaiser Pius: Ulp. fr. 5 pr. de auct. 26, 8. Vgl. Huschke, Darlehn S. 85.

11) Gajanisch: siehe zu III, 75.

12) Gajanisch: siehe zu III, 90.

13) Emilio Betti, Sul significato di 'contrahere' in Gaio S. 3 flg. hat schon auf die verschiedenen Bedeutungen von den Wörtern contractus, contrahere in den §§ 88, 89, 91 aufmerksam gemacht. Im § 88 haben wir zunächst die Einteilung in Obligationen ex contractu und ex delicto. Im § 89 wird denen ex contractu untergeordnet die Obligatio, welche re contrahitur. Dementsprechend wird im § 91 mit dem Darlehnsempfänger auf gleiche Stufe gestellt,

92. Verbis ‖ obligatio fit ex interrogatione et[1]) responsione[2]) ueluti: 'dari spondes? spondeo'; 'dabis? dabo'; 'promittis? promitto'; 'fide promittis[3])? fide promitto'; 'fide iubes? fide iubeo'; 'facies? faciam'. **93.** Sed haec quidem uerborum obligatio 'dari spondes? spondeo' propria ciuium Romanorum est; ceterae[4]) uero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines siue ciues Romanos siue peregrinos ualent. Et quamuis ad Graecam[5]) uocem expressae fuerint ueluti hoc modo ⟨ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ⟩ Etiam[6]) haec[7]) tamen ⟨πίστει ὁμολογεῖς; πίστει ὁμολογῶ. πίστει HS. S. 152

---

qui non debitum accepit. Damit steht aber nicht in Einklang am Schlusse des § 91: magis distrahere uult negotium quam contrahere. Daraus schließt Em. Betti, daß der mit Sed haec beginnende Satz von Gajus hinzugefügt sei. Ich nehme an, daß Gajus schon mit Unde quidam einsetzte. In bezug auf den Sprachgebrauch möchte ich hinzufügen, daß in II, 14. 38 die obligationes contractae auch die Deliktsobligationen umfassen.

1) So Goeschen, HS. interrogationet.

2) So Goeschen, HS. rensponsione.

3) So Goeschen, HS. promitis.

4) So Goeschen, HS. cetera. Das auslautende e oder ae scheint wie a gesprochen zu sein: Seelmann S. 184. Auch kommt vor ein Nom. Plur. matrona: siehe C. I. L. I n. 173. 177 (I² n. 378. 379) und dazu Neue-Wagener Bd. 1³ S. 29. Sommer, Lat. Lautlehre² S. 329 spricht 'von Idiotismen der vulgären Sprache: Matrona wohl = -ā(s)'.

5) HS. eregam. Also e statt c statt g und g statt c. Der Schreiber der HS. bzw. einer seiner Vorgänger verstand kein Griechisch und selbst das lateinische Wort dafür muß ihnen nicht recht geläufig gewesen sein. Wir stießen schon II, 281 auf graeges statt graece, und an unserer Stelle dann gleich wieder auf gregi statt Graeci, weiterhin ist freilich Graecum richtig geschrieben.

6) Mit Etiam setzt die HS. ab. Ein Nachgajaner wird weitere Beispiele hinzugefügt haben.

7) Mommsen streicht Etiam haec. Lachmann hat haec durch hac ersetzt. Es kommt aber auch haec als Nom. Plur. fem. vor: siehe zu I, 188 und Neue-Wagener Bd. 2³ S. 417. Es mag indessen hier haec Neutrum sein sollen, veranlaßt vielleicht durch das voraufgehende cetera.

κελεύεις; πίστει κελεύω. δώσεις; δώσω. ποιήσεις; ποιήσω [1]).) inter ciues Romanos ualent tamen, si modo Graeci sermonis intellectum [2]) habeant. Et e contrario quamuis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos ualent, si modo Latini sermonis intellectum habeant [3]).

At illa uerborum obligatio 'dari spondes? spondeo' adeo propria ciuium Romanorum est, ut [4]) ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri [5]) possit, quamuis dicatur a Graeca uoce figurata esse, ⟨quod σπονδὰς interpositis rebus diuinis faciant [6])⟩. **94.** Unde [7]) dicitur uno casu hoc uerbo peregrinum quoque obligari posse, ueluti si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget 'pacem futuram spondes?' uel ipse eodem modo interrogetur [8]). Quod nimium subtiliter dictum est, quia [9]) si quid

---

1) Wegen der ausgefallenen griechischen Beispiele hat schon Goeschen auf Theoph. III, 15 § 1 hingewiesen. Dort wird aber πίστει ὁμολογεῖς; πίστει ὁμολογῶ ausgelassen sein.

2) HS. intellectam, wohl falsche Auflösung von intellect.

3) HS. habeantur.

4) Gajanisch: siehe zu III, 24.

5) So Goeschen statt des handschriftlichen transfieri, das sonst nicht vorkommt und verschrieben sein wird: Einschub eines i und ein r statt rr.

6) Das dicatur a Graeca uoce figurata esse hat mit Fest. Th. 484 sponsum et sponsam ex Graeco dictam große Aehnlichkeit. So könnte denn bei Gajus auch die Begründung nicht gefehlt haben, deren Ausfallen sich erklärt durch das griechische Wort.

7) Gajanisch: siehe zu III, 91.

8) Der mit Unde beginnende Satz ist, wie der Text überliefert, nicht recht schlüssig: weil spondere aus dem Griechischen stamme, könnten zwischen unserm Kaiser und fremden Fürsten auch Sponsionen abgeschlossen werden. Es scheint das Mittelglied zu fehlen: und weil σπονδαί möglich waren. Auf alle Fälle ist bemerkenswert die Anlehnung dieser internationalen Verträge an die privatrechtliche Sponsio.

9) Gajanisch: siehe zu III, 91.

aduersus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur[1]), sed iure belli res uindicatur.

95. Illud dubitari potest, si quis || ⟨me interroget Latine, an Graece respondere pos⟩s⟨im uel contra[2]). HS. S. 153

95a. Sunt et a⟩liae obligtiones ⟨quae uerbi⟩s⟨quidem sed uno tantummodo loquente p⟩os⟨sunt contrahi nulla praecedente interrogatione: ueluti si mulier, quae nuptura est, nondum marito dotem dicat. Dos autem sine matrimonio esse non potest. Igitur a⟩ nullo ⟨si⟩c obligando[3]) ⟨sibi mulierem dos adquiritur, nisi secutae⟩ erunt ⟨nuptiae. Dotis dictio fieri potest tam de m⟩o⟨bilibus rebus quam de fundis et aedibus, tam de rebus⟩ corpora⟨libus quam incorporalibus. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et parens mulieris uirilis sexus per uirilem sexum cognatione iunctus: uelut pater, auus paternus. Item⟩ si debitor mulieris iussu eius, dum ⟨nuberet, i⟩d⟨em⟩ doti dicat, quod debet. Alius autem obliga⟨ri eo⟩ modo non potest[4]).

95b. Et ideo si quis ali⟨us dotem promittere uelit, com⟩muni iure obliga⟨tionem neces⟩se ⟨est stipulatione con⟩stitu⟨i⟩[5]).

---

1) HS. stipulatagitur.

2) Die Ergänzung gibt an die Hand Theoph. III, 15 § 1. Zwei anders gefaßte Ergänzungen zur Auswahl bei Kr.

3) HS. oplicando.

4) Vom § 95a ist nur wenig gelesen. Für die Ergänzung kommen in Betracht epitome II, 9 § 3 und Ulp. 6, 2. Räumlich wären auszufüllen die Zeilen 2—15. Das ist im allgemeinen aber nur dem Sinne nach möglich. Auf die einzelnen Zeilen ließe sich obige Ergänzung in folgender Weise verteilen: Zle 2 bis quae, Zle 3 bis contrahi, Zle 4 bis mu, Zle 5 bis dicat, Zle 6 bis Igitur, Zle 7 bis adquiritur, Zle 8 bis po, Zle 9 bis aedibus, Zle 10 bis incorporalibus, Zle 11 bis obligatur, Zle 12 bis sexum, Zle 13 bis Item, Zle 14 bis idem, Zle 15 bis modo.

5) Der § 95b bildet in der HS. einen besonderen Absatz und könnte von einem Nachgajaner herrühren. Im übrigen ist wohl sicher, daß für andere als die zur dotis dictio Berechtigten auf das gemeine Recht verwiesen werden sollte. Dies nehmen schon an

96. Item uno loquente ⟨et sine interrogatione alteri⟩ sc⟨i-licet promittente in⟩ f⟨uturum contrahitur obligatio: id est si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iurauit. Et e⟩st[1]) haec sola[2]) causa, ex[3]) qua iureiurando contrahitur[4]) obligatio; sane ex alia nulla causa iureiurando homines || obligantur[5]). HS. S. 1

U t i q u e[6]) cum q u a e r i t u r[7]) de iure Romano: nam

---

H u s c h k e und K r. Ein wichtiger Satz hätte hier demnach nicht gestanden. Aber für eine genaue Wiederherstellung des Textes fehlt die erforderliche Grundlage.

1) HS. undeutliches si, das auch st hätte sein können.

2) HS. solo.

3) HS. sex Elision aus sa ex.

4) HS. contrahit.

5) Für die Ergänzung des Anfanges von § 96 kommt vor allen Dingen in Betracht epitome II, 9 § 4. Wie aber die epitome am Ende den Gajus nicht genau wiedergibt, wird es sich wohl auch mit dem Anfang verhalten haben. Der Eid, um den es sich hier handelt, hatte eine Entwicklungsgeschichte und Gajus vertrat vielleicht noch einen älteren Standpunkt: siehe Bd. 3 Abt. 1 S. 191. Auch wollen die von S t u d e m u n d Zle 20 gelesenen Buchstaben sc und f sich der epitome nicht recht anpassen. Bei der Erweiterung des f zu futurum hat mir der Eid vor der Freilassung vorgeschwebt.

6) Utique ist an sich = et uti und kommt in dieser Bedeutung noch vor in der Formel bei Ulp. fr. 10 comm. praed. 8, 4: quibus est seruitus utique est. Dann nimmt es an die Bedeutung von 'wenigstens,' 'lediglich' u. dgl. Namentlich in der Verbindung utique si: siehe K a l b, Wegweiser S. 122. Der Sprachgebrauch scheint aber nicht häufig zu sein. An Pandektenstellen führen B r i s s o n i u s, D i r k s e n und H e u m a n n an: Iauolenus fr. 9 de in lit. 12, 3; Celsus fr. 96 § 1 de uerb. sign. 50, 16; Iul. fr. 75 de iud. 5, 1; Gaius fr. 46 § 7 de proc. 3, 3; fr. 14 § 1 dep. 16, 3 (nach P e r n i c e Bd. 2 Abt. 1² S. 140 Anm. 1 interpoliert); fr. 41 de uerb. sign. 50, 16; Scaeu. fr. 34 § 3 de neg. gest. 3, 5; Paul. fr. 16 pr. de rei uind. 6, 1; fr. 34 de damno inf. 39, 2; fr. 142 de reg. iur. 50, 17; Ulp. fr. 17 § 4 de praesc. uerb. 19, 5; fr. 73 pr. de iud. 5, 1; fr. 21 mand. 17, 1; fr. 31 § 12 de aed. ed. 21, 1; fr. 7 § 2 de ini. 47, 10 Außerdem wären zu erwähnen Ulp. coll. 11, 7 § 4; Vat. fr. 165 und Paul. sent. 5, 2 § 1. K a l b macht noch aufmerksam auf Gai. fr. 34

apud peregrinos[1]) quid iuris[2]) sit, singularum ciuitatium iura requirentes aliud intellegere[3]) poterimus ⟨in aliis ualere⟩[4]).

⟨De inutilibus stipulationibus.⟩

97. Si id quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis[5]) est stipulatio: uelut si quis
hominem liberum, quem seruum esse credebat[6]),
aut mortuum[7]), quem uiuum esse credebat, aut
locum sacrum uel religiosum, quem putabat[8]) humani iuris esse, dari ⟨stipuletur. 97a. Item si quis rem, quae in rerum natura esse non potest, uelut hippocentaurum⟩[9]), stipuletur, aeque inutilis est stipulatio.

98. Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, ueluti 'si digito caelum tetigerit', inutilis est stipulatio[10]).

---

pr. de nou. 46, 2, hält hier aber Interpolation für möglich. Ich möchte eher in dem mit maxime si beginnenden Satze eine Interpolation erblicken. So hätten wir denn für Gajus drei bis vier Pandektenstellen. Vor allen Dingen tritt uns seine Vorliebe für utique in den Institutionen entgegen. Es kam bereits vor: I, 64. 78; II, 7. 76. 78. 226; und von allen sechs Stellen nahm ich schon aus anderen Gründen an, daß sie von Gajus hinzugefügt seien.

7) Gajanisch: siehe zu III, 87.

1) Gajanisch: siehe Rtsgel. Gaj. S. 66.

2) So Goeschen, HS. iuoris oder iudris.

3) Gajanisch: siehe zu III, 45.

4) Ob mit poterimus die betreffende Zeile schloß, oder vielleicht etwa noch folgte in aliis ualere: läßt Studemund dahingestellt sein. Die letztere Annahme ist wohl die wahrscheinlichere: vgl. Celsus fr. 96 § 1 de uerb. sign. 50, 16.

5) HS. iniutilis.

6) Gajanisch: siehe zu .I, 105.

7) HS. mortum.

8) HS. putabatat. Ob vielleicht = putabat autem?

9) Ergänzung von Lachmann in Anlehnung an I. I. III, 19 § 1.

10) HS. stipulaq, das q = tio: siehe Studemund S. 305 Zle 3.

Sed legatum sub inpossibili condicione[1]) relictum nostri praeceptores[2]) proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset; diuersae scholae[3]) auctores[4]) non minus[5]) legatum inutile existimant quam stipulationem: et sane uix idonea diuersitatis ratio[6]) reddi potest.

99. Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ignorans rem suam[7]) esse dari sibi eam stipuletur:

quip⟨pe⟩[8]) quod alicuius est id ei dari non potest.

100. Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur 'pos[9]) mortem meam dari spondes?' uel ita ⟨'pos mortem tuam dari spondes?' Valet autem, si quis ita dari stipuletur 'cum moriar dari spondes?' uel ita⟩[10]) 'cum morieris dari | spondes?' id est ut in nouissimum uitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur. HS. S.

Nam inelegans esse uisum est[11]) ab heredis per-

---

1) HS. cocondicione.

2) Gajanisch: siehe zu III, 87.

3) HS. diuersi scolae = diuersi scholae. Ob diuersi aus einer verkehrten Auflösung hervorgegangen oder ob wir mögliches Latein vor uns haben? S. 117 Zle 1 = II, 244 scheint ein solches diuersae in diuersi umgeändert zu sein: siehe Bd. 2 Abt. 2 S. 69. Ferner stoßen wir S. 218 Zle 14 = IV, 79 auf nostris scholae auctores = nostri scholae auctores. Wir sagen ja auch: ein wilder Schweinsbraten, chirurgischer Instrumentenmacher, Bürgerliches Gesetzbuch. Der letzteren Bezeichnung wäre an die Seite zu stellen Probus § 1: in iuris ciuilibus libris.

4) Gajanisch: siehe zu II, 244; III, 87.

5) HS. nominus, das ich lieber mit Dubois durch non minus als durch nihilominus mit Kr. ersetzen möchte.

6) Gajanisch: siehe zu III, 79.

7) HS. sua a. E. einer Zeile.

8) So wird mit Huschke, Kr. u. a. zu ergänzen sein, und das quippe weist wohl auf Gajus hin: siehe zu II, 194.

9) Wegen der Form siehe zu II, 238.

10) Die Ergänzung rührt von Huschke her: vgl. II, 232.

11) Gajanisch: siehe zu III, 91.

sona incipere obligationem. Rursum[1]) ita stipulari non possumus 'pridie quam moriar' aut 'pridie quam morieris dari spondes?' quia[2]) non potest aliter intellegi[3]) 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur[4]) stipulatio et quodammodo talis est 'heredi meo dari spondes?' quae sane inutilis est. **101.** Quaecumque de morte diximus, eadem et de capitis diminutione dicta intellegimus[5]).

102. Adhuc inutilis est stipnlatio, si quis ad id quod interrogatus erit, non responderit, ueluti si sestertia X a te dari stipuler et tu non sestertia[6]) ⟨X sed sestertium⟩[7]) V milia promittas; aut si ego pu⟨re a⟩[8]) te stipuler, tu sub condicione promittas[9]). **103.** Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti[10]) non sumus[11]).

Unde[12]) illud quaesitum est[13]), si quis sibi et ei,

---

1) Die gewöhnliche Form ist rursus, dessen sich auch Gajus bedient: V. I. R. V, 227. 228. Einem ähnlich anknüpfenden rursum begegnen wir bei Gajus nur noch II, 232 und vielleicht III, 218.

2) Gajanisch: siehe zu III, 94.

3) Gajanisch: siehe zu III, 96.

4) HS. redducitur.

5) Gajanisch: siehe zu III, 100. Lachmann intellegemus.

6) HS. cestertia.

7) Andere Heilungsversuche stellt zusammen Dubois. HS. tun cestertia ū milia. Huschke S. K. unter Ausmerzung des n und milia beschränken sich auf: et tu sestertia V promittas.

8) Mir ist wahrscheinlicher ein Ausfall, als ein Verschreiben von te statt re.

9) HS. permittas.

10) HS. iurissubiecti.

11) Da mit Denique im § 100 die alte Reihe schon geschlossen war, beginnt mit Adhuc im § 102 ein neuer Anbau, den Gajus aber schon vorgefunden haben könnte.

12) Gajanisch: siehe zu III, 94.

13) Gajanisch: siehe zu III, 96.

cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum ualeat stipulatio. Nostri praeceptores[1]) putant in uniuersum ualere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset; sed diuersae scholae[2]) auctores[3]) ‖ dimidium ei deberi existimant, pro HS. S. 15 altera uero parte inutilem[4]) esse stipulationem[5]). **103** a. Alia causa est ⟨illius⟩ stipu[6])⟨lationis 'mihi aut Titio⟩ dari spondes?' ⟨Jam enim non dubitatur mihi⟩ solidum deberi et me sol⟨idum ab eo qui promisit petere posse⟩, qu⟨amuis⟩ etiam Tit⟨io recte soluatur.⟩ **104.** Praeter⟩ea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est; item si is a me stipuletur.

104 a. Seruus quidem et qui in mancipio est et filia familias[7]) et quae in manu est non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectae sunt, obligari non possunt, sed ne ali quidem ulli.

105. Mutum neque stipulari neque promittere posse palam[8]) est. Idem etiam in surdo receptum est,

---

1) Gajanisch: siehe zu III, 98.

2) HS. scolae.

3) Gajanisch: siehe zu III, 98.

4) HS. inutile.

5) Pomp. fr. 110 pr. de uerb. obl. 45, 1, sowie Iul. fr. 56 pr. ebenda und fr. 37 § 4 de adq. rer. dom. 41, 1 hatten sich aber schon den Proculejanern angeschlossen: vgl. Salkowski, Sklavenerwerb S. 101 Anm. 8. Die Absicht wird darauf gerichtet gewesen sein, für den Fremden eine gültige Forderung zu begründen, deren Geltendmachung formell dem Herrn bezw. Vater des Stipulators zustand. Diesem Verlangen trug die Meinung der Proculejaner Rechnung.

6) Das von Studemund als ganz unsicher wiedergegebene seru wird zu ersetzen sein durch sti pu. Kr. stipulatus, Huschke seruo. Dementsprechend gehen auch die übrigen Ergänzungen beider sehr auseinander. Sachlich hat m. E. Kr. das Richtige getroffen. Vgl. Ulp. fr. 11 de stip. seru. 45, 3; I. I. III, 19 § 4.

7) So ergänzt mit Recht Kr. die von Studemund gelesenen Buchstaben: das erstere l und am Ende das s.

8) Gajanisch: siehe zu III, 18.

quia[1]) et is qui stipulatur uerba promittentis, et qui promittit uerba stipulantis exaudire debet.

106. Furiosus nullum negotium gerere[2]) potest, quia[3]) non intellegit quid agat.

107. Pupillus omne negotium recte[4]) gerit, ita tamen ut tutorem[5]), sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeat[6]), ueluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. **108.** Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt. **109.** Sed quod diximus de pupillo, utique[7]) de eo uerum est, qui iam aliquem intellectum habet: nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia[8]) huius aetatis pupilli nullum intellectum habent. HS. S. 157

Sed in his pupillis per[9]) utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.

⟨De adstipulatoribus[10]).⟩

110. Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere, qui idem[11]) stipulatur[12]), quem uulgo adstipulatorem uoacmus.

---

1) Gajanisch: siehe zu III, 100.

2) HS. gere.

3) Gajanisch: siehe zu III, 105.

4) Gajanisch: siehe zu III, 34.

5) HS. tm, wohl vertauscht mit tut = tutorem. I. I. III, 19 begnügen sich mit ut tamen für ita tm ut tm.

6) HS. adhibeatur, das einen tutor erfordern würde.

7) Gajanisch: siehe zu III, 96.

8) Gajanisch: siehe zu III, 106.

9) Per in der Bedeutung von propter ist Spätlatein. Vgl. Handii Turs. Bd. 4 S. 438; Dräger, Hist. Syntax Bd. 1 S. 565; Bonnet, Grég. pag. 591. Mit I. I. III, 19 § 10 setzen propter statt per Kr., Huschke u. a.

10) Mehr als die Ueberschrift wird nach Böcking die leere Zeile nicht enthalten haben. Anderer Ansicht war Huschke[4].

11) HS. quidem.

12) Goeschen stipuletur.

111. Sed [1]) huic proinde actio conpetit proindeque ei recte soluitur, ac nobis; sed quidquid consecutus erit, mandati iudicio [2]) nobis restituere cogetur. **112.** Ceterum [3]) potest etiam alis uerbis uti adstipulator, quam quibus nos usi sumus. Itaque si uerbi gratia ego ita stipulatus sim 'dari spondes?', ille sic adstipulari potest 'idem fide tua promittis?' uel 'idem fide iubes?' uel contra.

Regula.

113. Id est minus [4]) adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sum [5]), ille sestertia V stipulari potest; contra uero plus non potest. Item si ego pure stipulatus sim, ille sub condicione stipulari potest; contra uero non potest.

Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur [6]): 'plus' est enim 'statim aliquid dare'; 'minus' est 'pos [7]) tempus dare'.

114. In hoc autem iure quaedam singulari iure obseruantur. Nam adstipulatoris heres non habet actionem. HS. 3.
Item || seruus adstipulando nihil agit, qui ex [8]) ceteris omnibus causis stipulatione domino adquirit.

---

1) Mit diesem Sed wird wohl ein Nachgajaner angefügt haben. Kr. und Huschke ändern in Et.

2) HS. indicio.

3) Mit Ceterum wird auch sonst Neues angefügt, wenngleich nicht immer von Nachgajanern: siehe zu II, 181; III, 35.

4) HS. idemrginus. Das rg = regula wird von einem Nachgajaner über das minus gesetzt sein und ist dann zwischen m und inus geraten. Der § 113 folgte einmal unmittelbar auf den § 110.

5) Kr. und Huschke schreiben sim, und so heißt es gleich in dem folgenden Satze: Item .. stipulatus sim. Dieser könnte aber von einem andern nachgetragen sein.

6) Gajanisch: siehe zu III, 101.

7) Siehe wegen der Form zu II, 238.

8) HS. quiaex. Man kann auflösen quia ex, aber auch qui aex = qui ex. Mit qui begnügen sich Huschke und Dubois. Goeschen ändert in quamuis .. adquirat.

Idem de eo qui in mancipio est magis placuit[1]), nam et is serui loco est.

Is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non adquirit, quamuis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat; ac ne ipsi quidem aliter actio[2]) conpetit, quam si sine kapitis[3]) diminutione exierit de potestate parentis: ueluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est.

Eadem de filia[4]) familias et quae in manu est dicta intellegemus[5]).

De iis, qui pro alio obligantur[6]).⟩

115. Pro eo quoque qui promittit solent[7]) ali obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus.

116. Sponsor ita interrogatur 'idem dari spondes?' fidepromissor[8]) 'idem fidepromittis?' fideiussor ita 'idem fide tua esse iubes?'

---

1) Gajanisch: siehe zu III, 75.

2) Die Silben tio und con werden durch die gleiche Abkürzung wiedergegeben: siehe Studemund S. 305 Zle 9. Eine solche Abkürzung ist hier ausgefallen.

3) HS. k̄ statt k. Mit dem k hat der Schreiber auch sonst sich nicht zurecht gefunden: siehe schon zu III, 51.

4) HS. filiae. Statt a ein ae: siehe zu I, 22. Umgekehrt III, 93 statt ae ein a.

5) Gajanisch: siehe zu III, 113.

6) Die HS. bringt in der 10. Zeile hinter intellegemus noch procͤo: Ob das Kolon Tilgung bedeuten soll? Jedenfalls kehrt pro eo noch einmal zu Anfang der 12. Zeile wieder. Die leere 11. Zeile wird die Ueberschrift enthalten haben; von der wir nicht genau wissen, wie sie lautete. Böcking setzt De sponsoribus et fidepromissoribus et fideiussoribus. Das procͤo: der 10. Zeile erklärt sich vielleicht auf folgende Weise. Die späteren Ueberschriften mögen ursprünglich am Rande vermerkt gewesen sein. Die in Frage stehende hatte der Schreiber zunächst übersehen, holte sie aber in der 11. Zeile nach, als er schon mit dem weitern Texte in Zle 10 begonnen hatte.

7) Gajanisch: siehe zu III, 71.

8) Böcking hat ita hinter fidepromissor eingeschoben.

116a. Videbimus de his autem, quo nomine possint proprie adpellari, qui ita interrogantur 'idem dabis?' 'idem[1]) promittis?' 'idem facies?'[2])

117. Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus[3]) accipere, dum curamus, ut diligentius[4]) nobis cautum sit; adstipulatorem uero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur[5]).

---

1) HS. id dabis id promittis, aber m. E. ist aus dem folgenden idem zu beiden id das em mithinüberzunehmen. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß id häufig so viel als idem bedeutet. Ein Gegensatz, wie ihn demnach Pernice Z. R. G. Bd. 32 S. 182 in die Bürgschaftsformen hineinträgt, dürfte seine großen Bedenken haben. Vgl. Levy, Sponsio S. 19.

2) Während das Lehrbuch sich sonst auf drei Stipulationsbürgen, den sponsor, fidepromissor, fideiussor, beschränkt, werden hier weiter herangezogen die mit den Fragen idem dabis? idem promittis? idem facies? Bedachten. Die Beispiele lehnen sich an dem § 92 und verraten eine weitere Entwicklung des Bürgschaftsrechtes. Auch in den drei neuen Formen ist eine Bürgschaft möglich geworden, der Nachgajaner sucht aber für dieselben noch nach einem besondern Namen. Die Entwicklung wird die gewesen sein, daß diese neuen Formen sich der fideiussio anreihten: siehe Göppert Z. R. G. Bd. 4 S. 296. So bedurfte es einer besondern Namensgebung, wie unser Nachgajaner sie vorgehabt haben mag, nicht weiter; sie hätte höchstens irreführend wirken können. Man strich also im übrigen den Inhalt des Videbimus. Den im § 116a enthaltenen Satz behielt man aber bei, um aufmerksam zu machen auf die weitere Ausbildung, die das Bürgschaftsrecht im Laufe der. Zeit erfahren hatte. Nach Levy S. 25 Anm. 2 ist der Sinn unserer Stelle 'in vollständiges Dunkel gehüllt' und 'eine ausreichende Erklärung' werde sich 'schwer finden lassen'. Jedenfalls nicht vom Standpunkte eines einheitlich gearbeiteten Lehrbuches aus. Ein solches ist uns aber in der Veroneser HS. gar nicht erhalten; und darin ist eben die Erklärung zu suchen.

3) Gajanisch: siehe zu III, 115. Wegen des saepe neben solemus vgl. Rtsg. Gaj. S. 63.

4) Gajanisch: siehe zu III, 54.

5) Gajus trägt hier eine Bemerkung nach, die sich sowohl auf den Bürgen als den adstipulator bezieht.

117 a. Stipulando nihil agimus. Adhibetur autem stipulator [1], ut is pos [2] mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, || de r⟨estitue⟩ndo [3] eo mandati iudicio heredi meo tenetur [4]. HS. S. 159

118. Sponsoris uero et [5] fidepromissoris similis condicio, fideiussoris ualde est [6] dissimilis. **119.** Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi uerborum, quamuis interdum is [7] ipse, qui id [8] promiserit, non fuerit obligatus: ueluti si ⟨mulier⟩ [9] aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet pos [10] mortem suam dari promiserit.

At illud quaeritur [11], si seruus aut peregrinus [12] spoponderit, an pro eo sponsor aut [13] fidepromissor obligetur.

119 a. Fideiussor uero omnibus obligationibus id est siue re siue uerbis siue litteris siue consensu [14] contractae fuerint obligationes [15],

---

1) Vielleicht ist at vor stipulator ausgefallen.
2) Siehe zu III, 113.
3) So hat schon Goeschen ergänzt.
4) Vor Stipulando nehmen viele eine Lücke an. Polenaar hält umgekehrt Stipulando nihil agimus für ein Glossem. M. E. weist die lose Anreihung auf nachgajanischen Ursprung hin. Als sprachliche Nachlässigkeit kommt hinzu: erst mortem nostram, dann heredi meo; vgl. II, 91: nobis . . mihi.
5) HS. ūet = uer et = uero et.
6) HS. ualde = uald est = ualde est.
7) HS. interdus = interdu is = interdum is.
8) HS. quid = qui id.
9) Ergänzung von Studemund.
10) Siehe zu III, 117a.
11) Gajanisch: siehe zu III, 103.
12) Gajanisch: siehe zu III, 96.
13) HS. at = autem.
14) HS. consens.
15) Der ausgerückte Satz bringt einen Widerspruch in die Darstellung, da mit omnibus obligationibus auch die Deliktsobligationen

adici [1]) potest.

119b. At [2]) ne illud quidem interest [3]), utrum ciuilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur: adeo quidem ut [4]) pro seruo quoque obligetur, siue extraneus sit qui a seruo fideiussorem accipit [5]), siue ipse dominus in id quod sibi [6]) debeatur.

120. Praeterea sponsoris et fideipromissoris [7]) heres non tenetur,

nisi si de peregrino [8]) fideipromissore quaeramus [9]) et alio iure ciuitas eius utatur;

fideiussoris autem etiam heres tenetur. 121. Item sponsor et fidepromissor ⟨per⟩ [10]) legem Furiam biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur [11]) inter eos obligatio

---

umfaßt werden. Daß diese von der fideiussio nicht ausgeschlossen waren, bezeugen Gai. fr. 70 § 5 de fidei. 46, 1 und Ulp. fr. 8 § 5 das. Die Sache wird indes streitig gewesen sein: vgl. Hasenbalg, Bürgschaft S. 12; Levy S. 132 Anm. 3. Das überflüssige obligationes schleppt recht nach.

1) Die HS. läßt zwischen adi und ci nach Bluhme noch Raum für ein i. Vgl. wegen der Schreibung Sommer² S. 487.

2) Kr. ändert in Ac.

3) Gajanisch: siehe zu III, 87.

4) Gajanisch: siehe zu III, 93.

5) HS. accipi, Goeschen accipiat.

6) Nach Kübler bei Mommsen, Ges. Schr. Bd. 2 S. 34 Anm. 18 wäre dieses sibi statt ei ein Gräzismus.

7) Die Form bestätigt Corp. Gloss. Lat. II, 71 Zle. 59 Fidei promissores πιστιεπαγγεμεταί (πιστιεπαγγελαί); Zle 60 Fideipromissor πιστικελενστής. Ob das fidei ebenfalls Ablativ? vgl. Corssen Bd. 1² S. 735. Aber bei Sommer² S. 400 finde ich solchen Ablativ nicht. Vielleicht ist fides in dieser Zusammensetzung schon mehr im abstrakten Sinne von Kredit zu nehmen — siehe Erkl. 15 — und fidei als Genitiv: so daß fideipromissor ein Kreditversprecher wäre.

8) Gajanisch: siehe zu III, 119.

9) Gajanisch: siehe zu III, 119.

10) So Goeschen. Vor leg Furiam der HS. wird p ≐ per hinter r ausgefallen sein. Kr. schreibt lege Furia.

11) So Kr. HS. deducitur: vgl. Seelmann S. 183.

et singuli uiriles partes hoc habent[1]).

Fideiussores uero perpetuo tenentur et quotquot erunt numero singuli in solidum || obligantur; itaque liberum HS. S. 160 est creditori, a quo ue⟨lit so⟩[2])lidum petere.

Sed nunc[3]) ex epistula diui Hadr⟨iani[4]) compe⟩ll⟨itur⟩[5]) creditor a singulis, qui modo soluendo sint, par⟨tes⟩ pete⟨re⟩[6]). Eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fideipromissoribus[7]) soluendo non sit, hoc onus ad ⟨ceterorum partes non pertinet; si uero quis ex fideiussoribus soluendo non sit, hoc onus ad partes⟩[8]) ceterorum quoque pertinet.

121 a. Sed cum lex Furia tantum in Italia locum habeat, euenit ut in ceteris prouinciis[9]) sponsores quoque et fidepromissores proinde ac fideiussores in perpetuo[10]) teneantur et singuli in solid⟨um⟩ obligentur; nisi ex epistula diui Hadriani hi quoque[11]) adiuuentur[12]) in parte[13]).

---

1) HS. hoc abentur. Den völlig überflüssigen Satz hat schon Polenaar verdächtigt. Das hoc wäre wohl adverbinal 'deshalb, hierdurch' zu nehmen: vgl. Handii Turs. Bd. 3 S. 92 flg. Aenderungsvorschläge siehe bei Dubois und Levy S. 71 Anm. 1.

2) Ergänzt von Goeschen auf Grund von I. I. III, 20 § 4.

3) Gajanisch: siehe zu III, 56.

4) Gajanisch: siehe zu III, 73.

5) Ergänzt von Goeschen auf Grund von I. I.

6) Ergänzt von Goeschen auf Grund von I. I.

7) Siehe wegen der Form zu III, 120.

8) Aehnlich ergänzt Mommsen.

9) So Kr. HS. cete ... p .. uinciis. Die Ergänzung an sich ist nicht bedenklich; die Provinzialisierung Italiens weist aber hin auf nachgajanische Zutat. Vgl. Rtsgel. Gaj. S. 69.

10) Das Setzen der Präpositionen vor Adverbia ist Volkslatein und später Schriftlatein. Weitere Beispiele für in siehe bei Neue-Wagener Bd. 2³ S. 941. Kr. perpetuo, Huschkes S. K. in perpetuum.

11) So Huschke, HS. qc statt $\overline{qq}$ = quoque.

12) So Kr. und Huschke, HS. adiuuun.

13) in parte hat erst Studemund einigermaßen sichergestellt;

122. Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit: nam si quis horum plus sua portione soluerit, de eo quod amplius dederit aduersus ceteros actiones constituit. Quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur.

Unde[1]) quaeritur[2]), an post legem Furiam adhuc legis Apuleiae beneficium supersit; et utique[3]) extra Italiam superest, nam lex quidem Furia tantum in Italia ualet,

Apuleia uero etiam in ceteris prouinciis[4]).

Sed an etiam Italis[5]) beneficium legis Apuleiae supersit, ualde quaeritur.

A⟩d ⟨fideiussores lex⟩[6]) Apuleia non pertinet. Itaque si creditor ab uno totum ⟨con⟩secutus fuerit, huius solius[7])

---

es kann bedeuten 'zum Teil': siehe corp. gloss. Lat. II, 299 Zle 42 ἐν μέρει in parte, partim Das ist aber ein seltener Sprachgebrauch. Im cod. Theod. ist pars so viel wie tractus, regio: vgl. z. B. c. 13 de re mil. 7, 1 vom Jahre 391 in cuius parte und dazu Jac. Goth. Dann wird pars geradezu synonym mit prouincia gebraucht: z. B. c. 49 de op. publ. 15, 1 vom Jahre 412 in partibus Illyricianis. So tritt es uns namentlich in der notitia dign. entgegen: partes Occidentis, Orientis, Macedoniae usw. Demnach wäre in parte so viel wie 'in einer Provinz'.

1) Gajanisch: siehe zu III, 103.

2) Gajanisch: siehe zu III, 120.

3) Gajanisch: siehe zu III, 109.

4) Die ceterae prouinciae verraten wiederum den Nachgajaner. Brinz Münchener Sitz.ber. phil.-hist. Kl. 1886 S. 496 hebt freilich auf Grund dieser Stelle hervor, daß schon Gajus Italien unter die Provinzen zähle. Ermann Z. R. G. Bd. 24 S. 259 zeiht Gajus eines argen Provinzialismus. Pernice, Labeo Bd. 2² Abt. 2 S. 155 Anm. 1 erklärt ceteris als Gräzismus.

5) Die HS. bietet dar etiam alis, aber in blassen Buchstaben. Es wäre sehr wohl möglich, daß It an die Stelle von m treten könnte; das voraufgehende a würde dann gleich am sein. Mommsen, Kr. etiam in Italia.

6) Kr. ergänzt ad fideiussores autem lex.

7) So Goeschen gemäß I. I. III, 20 § 4, HS. solus.

detrimentum er⟨it⟩[1]: scilicet[2]) si is pro quo fideiussit soluendo non sit.

Sed, ⟨ut ex⟩[3]) || supradictis[4]) apparet, is, a quo Hs. S. 161 creditor totum petit, poterit ex epistula diui Hadriani[5]) desiderare, ut pro parte in se detur actio.

123. Praeterea lege Cicereia cautum est, ut is, qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat[6]) palam et declaret: et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut[7]) fideipromissores in eam obligationem accepturus sit. Et nisi praedixerit, permittitur[8]) sponsoribus et fideipromissoribus[9]) intra diem XXX praeiudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit; et si iudicatum fuerit praedictum non[10]) esse, liberantur. Qua lege fideiussorum mentio[11]) nulla fit, sed in usum est, etiam si fideiussores accipiamus, praedicere.

124. Sed beneficium legis[12]) Corneliae[13]) omnibus[14]) com-

---

1) Die Ergänzungen con und it sind von Goeschen auf Grund von I. I. III, 20 § 4 vorgenommen.

2) Der Satz scilicet . . sit könnte auch nachgetragen sein: siehe Rtsgel. Gaj. S. 47.

3) Ergänzung von Goeschen.

4) So Goeschen, Hs. supradicti. Wegen des Gajanischen Sprachgebrauches siehe Kalb R. J. S. 80. 118.

5) Gajanisch: siehe zu III, 121.

6) Hs. praedicatur.

7) Hs. at.

8) Hs. promittit.

9) Hs. fideipermissoribus.

10) Hs. nam.

11) Hs. menti.

12) Hs. legum.

13) Hs. Corniliae.

14) Hs. omnibus. Wir sind II, 182 schon begegnet einem omine = omne. Ob derartiges durch m̄ angedeutet werden sollte? Nach der gewöhnlichen Annahme ist omnis hervorgegangen aus opnis: Sommer Lat. Lautlehre² S. 65. Dagegen leitet es Johansson, Indog. Forsch. Bd. 3 S. 241 her von ombhni oder obhni. Uebrigens wird dieses omnibus an die Stelle von sponsoribus et fideipromissoribus getreten sein: Levy S. 16.

mune est. Qua lege idem[1]) pro eodem apud eundem eodem anno uetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia[2]). Et quamuis sponsores uel fideipromissores in amplam pecuniam, ueluti si sestertium C milium ⟨se obligauerint, in ampliorem summam tamen non tenentur quam XX milium⟩[3]).
Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem quam tum cum[4]) contrahitur[5]) obligatio certum esset[6]) debitum iri.
id est sine ulla condicione deducitur in obligatione[7]).
itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia[8]) certum est eam[9]) debitum iri[10]), licet pos[11]) tempus petatur[12]).

---

1) HS. id, zu dem em vom folgenden eodem hinüberzunehmen sein wird.

2) HS. milibus.

3) Andere Ergänzungsversuche siehe bei Dubois.

4) HS. tunc statt tumc = tum cum. So Kr. und Huschke S. K. Goeschen hält fest am tunc und schiebt c' = cum ein. Tunc cum in unmittelbarer Aufeinanderfolge findet sich sonst nicht bei Gajus, wohl aber III, 11 tum cum. Durch Worte getrennt findet sich tum . . cum IV, 71. 139; aber auch tunc . . cum IV, 71. Ueber das Verhältnis von tunc und tum bemerkt Kühner-Holzweißig I S. 1024 unter 2a: 'tunc ist Pronom. Adv. von tum mit dem demonstrativen c'.

5) HS. contrahit.

6) Ob man nötig hat, in est zu ändern?

7) Die lose Anreihung weist wohl hin auf nachgajanische Zutat. Goeschen hat quae nach id est eingeschoben. Ferner ist von ihm am Schlusse obligationem gesetzt. Allein bei Gai. fr. 13 pr. de lib. caus. 40, 12 findet sich auch: in hac in factum actione deduci.

8) Gajanisch: siehe zu III, 109.

9) HS. ēēa statt ēea = est eam.

10) HS. debitiuri statt debituri = debitum iri.

11) Siehe zu III, 119.

12) Der Satz itaque . . petatur scheint eine weitere Erläuterung zu sein.

Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur[1]: itaque
si uinum uel frumentum
et[2]) si fundum || uel hominem stipulemur, haec lex obseruanda est. **125.** Ex quibusdam tamen causis permittit ea lex in infinitum satis accipere: ueluti si dotis nomine uel eius quod ex testamento tibi debeatur aut iussu iudicis[3]) satis accipiatur. Et adhuc lege[4]) uicesima hereditatium cauetur, ut ad eas satisdationes, quae ex ea lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat. hS. S. 162

126. In eo quoque iure[5]) par condicio est [omnium][6]) sponsorum fideipromissorum fideiussorum[7]), quod ita obligari non possint[8]), ut
regula[9])
plus debeant, quam deberet is, pro quo obligarentur[10]).

---

1) Dieses Wort steht hier in gewöhnlicher Bedeutung: siehe zu III, 64.

2) Das et gehört augenscheinlich zu itaque, also wird si uinum uel frumentum später eingeschoben sein. So schon Polenaar. Von Kr. wird et in aut geändert; Huschke schiebt außerdem hinter itaque ein et ein.

3) Iudex bezieht auf den Magistrat Heumann-Seckel S. 292; mir ist die Sache zweifelhaft: siehe Erkl. 28 unter II, 3.

4) Man hat nicht nötig, mit Kr. Iulia de einzufügen: siehe Bachofen Ausgew. Lehren S. 327.

5) HS. in eo iure quoque iurae. Der Schreiber hat vergessen, das erstere iure wieder zu streichen.

6) Omnium wird von einem Nachgajaner eingeschoben sein: vgl. Levy S. 16.

7) HS. fideiussor, zu dem aber ein um vom voraufgehenden Worte mithinüberzunehmen ist.

8) HS. possit, I. I. III, 20 § 5 possunt.

9) HS. r. g. = regula. Ein Nachgajaner glaubte, auf diese Regel besonders aufmerksam machen zu müssen. Es ist vielleicht derselbe Nachgajaner, welcher schon oben zu III, 113 eine ähnliche Regel mit seinem rg bedachte.

10) HS. obligaretur; I. I. III, 20 § 5: debet is, pro quo obligantur.

At ex diverso[1]) ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus: nam ut astipulatoris[2]), ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali reo[3]).

127. In eo quoque par omnium causa[4]) esset[5]), quod si qui[6]) pro eo[7]) soluerit, eius reciperandi causa habet cum eo mandati iudicium[8]); et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum[9]), quae appellatur depensi.

128. Litteris obligatio fit ueluti in nominibus[10]) transscripticiis. Fit a nobis[11]) nomen transcripticium duplici modo: uel a re in personam uel a persona[12]) in personum[13]).

---

1) Gajanisch: siehe zu III, 84.

2) So Goeschen mit der HS.

3) I. I. III, 20 § 5 re.

4) In der Regel wird causa als Substantiv dem Genitiv vorgesetzt: siehe zu II, 142.

5) HS. ēē = esse, das vielleicht als esset zu halten wäre; Goeschen schreibt est.

6) Daß das Indefinitivpronomen qui substantivisch gebraucht wird, kommt auch sonst vor: Neue-Wagener Bd. 2³ S. 438; Kühner-Holzweißig Gr. der. lat. Spr. Bd. 1² S. 614; Sommer Lat. Lautl.² S. 435. Namentlich wurden quis und qui in der Volkssprache nicht geschieden: Schmalz, Synt.³ S. 359; Synt.⁴ S. 517.

7) Dies eo bezieht sich auf das voraufgehende reo, das I. I. III, 20 erst § 6 bringen.

8) Das mandati iudicium wird hier wohl ebenso wie III, 111 117a auf einen Nachgajaner zurückgehen.

9) Die actio depensi ging aufs Doppelte nur aduersus infitiantem: IV, 9. 171.

10) So Goeschen, HS. n̄ob = nobis, etwa statt n̄om b.

11) HS. an, Goeschen autem.

12) HS. prosona, Vertauschung von Abkürzungen.

13) Goeschen hier und weiter unten personam. Aber Nomina, die regelmäßig nach der ersten Deklination flektiert werden, haben gar nicht selten Nebenformen der zweiten Deklination; und umgekehrt. Weitere Beispiele pascuum und pascua, epulum und epulae, horreum und horrea: siehe Neue-Wagener Bd. 1³ S. 818 flg.

129. (A re in personum) scriptio[1]) fit, ueluti si id, quod mutuum[2]) ex emptionis[3] causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. **130.** A persona in personum transscriptio fit, ueluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id ex‖pensum tulero, id est si HS. S. 163 Titius te solutionis ergo[4]) delegauerit mihi. **131.** Alia causa est eorum nominum, quae arcaria uocantur, in his enim rerum[5]), non litterarum obligatio con-

---

Personum erinnert an das griechische πρόσωπον, und Entlehnung aus dem Griechischen nimmt an Keller, Volksetym. S. 126. Freilich ist die Herleitung sehr fraglich: vgl. Walde[2] W. persona S. 578; Schloßmann Persona und πρόσωπον S. 11 flg. Es wäre aber auch denkbar, daß in dieser Beziehung das griechische Wort später auf das lateinische eingewirkt hätte.

1) Goeschen schaltet ein a re in personam trans. Aber da in diesem Falle gar kein Uebertragen stattfindet, ist scriptio wohl beizubehalten.

2) HS. m̄. Huschke und Kr. tu, andere modo, noch andere streichen einfach: siehe Dubois. Das m̄ der HS. dient verschiedenen Zwecken: siehe Studemund p. 276. 277. So könnte auch sehr wohl das m̄ im Dahrlehnsbuch eine Abkürzung für mutuum gewesen sein.

3) So Goeschen. HS. emption'es. Das Komma oberhalb n und e soll wohl die Endsilbe es abschneiden, statt dessen aus den folgenden conductionis und societatis ein is hinüberzunehmen wäre.

4) HS. te se. Goeschen hat se weggelassen, Huschke hat pro zwischen te und se eingeschoben; ich löse auf in solutionis ergo. Daß in den Codices accepti et expensi mit Abkürzungen geschrieben wurde, steht fest. Eine andere Abkürzung war A. F. P. R. = ante factum post relatum: Cic. de orat. II, 69 § 280 und dazu Huschke Z. f. Zivilrt. u. Proz. N. F. Bd. 14 S. 1 flg. Ferner paßt das altertümliche ergo, da sich hier auch sonst Altertümliches erhalten hatte: z. B. af Longo statt a Longo: siehe Velius Longus Gr. L. K. VII pag. 60; Cic. or. 47 § 158 und dazu Karlowa R. RG. Bd. 2 S. 747; Stolz. Hist. Gr. Bd. 1 S. 268. Ein derartiges ergo findet sich noch S.C. de imp. Vesp. Bruns Gr.[7] n, 56 Zle 34: huiusce legis ergo.

5) HS. reb· = rebus, Vertauschung von b· und r·, Lachmann rei.

sistit, quippe[1]) non aliter ualet[2]), quam si numerata sit pecunia. Numeratio autem pecuniae rei non (litterarum)[3]) facit obligationem. Qua[4]) de causa[5]) recte[6]) dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. **132.** Unde[7]) proprie[8]) dicitur[9]) arcaris nominibus etiam peregrinos[10]) obligari, quia[11]) non ipso[12]) nomine[13]) sed numeratione[14]) pecuniae[15]) obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est.

133. Transscripticiis[16]) uero nominibus an obligentur[17]) peregrini[18]), merito quaeritur[19]): quia[20]) quodammodo iuris ciuilis est talis obligatio, quod Neruae placuit[21]). Sabino[22]) autem et Cassio

1) Gajanisch: siehe zu III, 99. Die HS. hat übrigens $\overset{i}{\mathrm{q}}$ppe = quiperpe.

2) Goeschen ualent.

3) HS. rein. Kr. statt dessen re; Huschke S. K. rei; Lachmann schiebt litterarum ein; sonstige Vorschläge siehe bei Dubois.

4) HS. quam.

5) Gajanisch: siehe zu III, 40.

6) Gajanisch: siehe zu III, 107.

7) Gejanisch: siehe zu III, 122.

8) Huschke hat non vor proprie eingeschoben.

9) HS. dicit.

10) Gajanisch: siehe zu III, 120.

11) Gajanisch: siehe zu III, 124.

12) HS. ipse.

13) HS. nome.

14) HS. nomenratione.

15) HS. pēcae.

16) HS. tresscripticiis.

17) HS. obiligentur.

18) Gajanisch: siehe zu III, 132.

19) Gajanisch: siehe zu III, 122. HS. quaerit.

20) Gajanisch: siehe zu III, 132.

21) Gajanisch: siehe zu III, 114.

22) Gajanisch: siehe zu II, 244.

uisum est: si a re in personam fiat nomen transscripticium etiam peregrinos obligari, si uero a persona in personam, non obligari.

134. Praeterea litterarum obligatio fieri uidetur[1]) chirografis et syngrafis, id est si quis debere se aut daturum se scribat[2]):

ita scilicet, ut si eo nomine stipulatio non fiat[3]).

Quod genus obligationis proprium peregrinorum[4]) est.

135. Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus,

locationibus conductionibus, societatibus, mandatis[5]).

136. Ideo autem[6]) stis[7]) modis consensu[8]) dicimus obligationes contrahi, quod[9]) neque uerborum ‖ neque scripturae ulla proprietas desideratur[10]), sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. HS. S. 164

Unde[11]) inter absentes quoque talia negotia contra-

---

1) Gajanisch: siehe zu III, 100.

2) HS. sesscribat.

3) Der ausgerückte Satz wird nachgajanische Zutat sein. Das Vorausgehende ist im Sinne des Nachgajaners nur unter der Voraussetzung richtig, wenn usw. Das ita scilicet ut hat unmittelbare Beziehung zum litterarum obligatio fieri uidetur. Siehe Erkl. 35. Die bisherigen Herausgeber streichen meistens ut.

4) Gajanisch: siehe zu III, 133.

5) Das Asyndeton locationibus conductionibus und die beiden folgenden Wörter sind wohl erst später angefügt. In den Parallelstellen I. I. III, 22 pr.; Dig. 44, 7 fr. 2 pr. fehlt das et zwischen emptionibus und uenditionibus. Ebenso ist es von Kr. gestrichen.

6) Ideo autem ist sonst gajanisch: siehe zu II, 13; hier wohl nachgajanisch.

7) stis statt istis Spätlatein. Siehe zu I, 190; II, 96. 182. 199. 201.

8) So Dig. I. I. HS. concensu.

9) HS. quo. Abfall des auslautenden d. Siehe zu I, 52. 150. Kr. quia.

10) HS. desiderat.

11) Gajanisch: siehe zu III, 132.

huntur: ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit. **137.** Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus[1]) alius expensum ferendo obliget[2]) alius obligetur.

138. Sed absenti expensum ferri potest, etsi uerborum obligatio cum absente contrahi non possit[3]).

De ⟨emptione et uenditione

139. E⟩mpti⟨o et uenditio contrahitur⟩[4]), cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit. Nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae. **140.** Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si[5]) ita inter nos conuenerit, ut quanti Titius rem aestimauerit, tanti sit emta[6]), Labeo negauit ullam uim hoc negotium habere, cuius opinionem Cassius probat; Ofilius et eam emptionem et uenditionem, cuius opinionem Proculus secutus est[7]).

---

1) Die Worte alius stipuletur alius promittat et in nominibus stehen in der HS. doppelt.

2) So Goeschen, HS. obligetur.

3) Huschke[4] läßt den § 138 auf § 136 folgen. Spätere Hinzufügung nehmen schon an Muirhead, Kr., Huschke S. K.

4) Ergänzt durch Böcking und Goeschen auf Grund von I. I. III, 23 pr.

5) Man kann übersetzen 'denn übrigens wenn', oder 'aber übrigens wenn'. Also: bei nam Uebergang aus der Bedeutung 'denn' in die Bedeutung 'aber'. Siehe darüber Kalb, Wegweiser S. 121 Anm. 4. Andererseits ist die Satzverbindung etwas ungelenk, so daß wohl an spätere Anfügung zu denken wäre, die aber Gajus schon vorgefunden haben könnte. I. I. III, 23 § 1 lassen das nam fort.

6) Ohne p: siehe darüber Stolz, Hist. Gr. Bd. 1 S. 328; Sommer[2] S. 237. 604.

7) Das nachlässige Latein ist wohl einem Nachgajaner zuzu-

141. Item pretium in numerata pecunia con|sistere debet. HS. S. 165
In ceteris[1]) rebus an pretium esse possit
ueluti homo[2]) aut toga aut fundus[3])
alterius rei ualde quaeritur[4]). Nostri praeceptores[5]) putant etiam in alia re posse consistere pretium. Unde[6]) illud est, quod uulgo putant, per permutationem rerum emptionem et uenditionem contrahi,
eamque speciem emptionisque[7]) uenditionisque uetustissimam esse.
Argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte[8]) sic ait:
(ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσι,
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι)[9]).

---

schreiben. Huschke hat esse putauit hinter uenditionem eingeschoben. Daß die Streitfrage sich noch zu Justinians Zeit bemerkbar machte, ersehen wir aus c. 15 pr. de contr. empt. 4, 38 v. J. 538.

1) HS. ininceteris. Das eine in wird aus Versehen zuviel gesetzt sein. I. I. III, 23, § 2 bringen nam in ceteris, und so schreiben die bisherigen Herausgeber.

2) So Goeschen. HS. hoc modo, wohl falsche Auflösung von hom̊.

3) Ich halte die hinzugefügten Beispiele für nachgajanisch. Sobald wir sie hinwegdenken, haben wir eine ganz gesunde Satzbildung: ob der Preis für eine andere Sache in sonstigen Sachen als Geld bestehen kann. I. I. III, 23, § 2 wiederholen pretium esse possit hinter alterius rei. Dem schließen sich an die bisherigen Herausgeber.

4) Gajanisch: siehe zu III, 133. HS. querit.

5) Gajanisch: siehe zu III, 103.

6) Gajanisch: siehe zu III, 136.

7) Die bisherigen Herausgeber streichen dieses que. Allein que—que kommt zerstreut in allen Zeitaltern vor: Träger, Hist. Syntax Bd. 2 S. 76. Hier handelt es sich wohl um Vulgärlatein bzw. einen Nachgajaner.

8) Iliad. 7, 472—475.

9) Die Verse sind schon ergänzt von Goeschen. Wie sonst hat der Schreiber das Griechische auch hier fortgelassen.

et reliqua[1]). Diuersae scholae auctores[2]) dissentiunt, aliudque esse existimant permutationem rerum aliud emtionem[3]) et uenditionem; alioquin (inpossibile esse)[4]) rem expediri permutatis rebus, quae uideantur[5]) res uenisse et quae pretii nomine datae[6]) esse, sed rursus utramque rem uideri et uenisse et utramque pretii nomine datam esse, absurdum uideri. Sed ait Caelius Sabinus[7]), si rem tibi uenalem habenti ueluti fundum acceperim et[8]) pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem uideri uenisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundum[9]) acciperetur[10]).

---

1) Kr. mit Baumbach streicht et reliqua. Allerdings hören in der Ilias Vers 475 die Beispiele auf. Es könnte demnach die Veroneser HS. auf eine HS. zurückgehen, welche in Aufzählung der Beispiele weniger vollständig war.

2) Gajanisch: siehe zu III, 103; HS. atores = auctores.

3) ohne p: siehe zu III, 140.

4) Goeschen in Anlehnung an I. I. III, 23 § 2 schiebt ein non posse; aber obige Ergänzung entspricht besser den von Goeschen gelesenen Buchstabenresten.

5) Gajanisch: siehe zu III, 134. HS. uideatur.

6) Das datae der HS. dürfte ein voraufgehendes uideantur verlangen. Goeschen hat uideatur behalten und datae in data geändert.

7) Gajanisch: siehe zu III, 70.

8) Mommsen streicht acceperim et, ihm folgen Kr. und Huschke S. K. Von Huschke selber, Gajus S. 94, wurde befürwortet accesserim statt acceperim. Andere Vorschläge siehe bei Dubois. Ob überhaupt eine Aenderung nötig? Ich konstruiere si rem tibi uenalem acceperim: wenn ich eine Sache, die dir feil, in Empfang genommen habe. Nähere Bestimmung zu tibi wäre dann habenti ueluti fundum: du hast z. B. ein Grundstück.

9) Die bisherigen Herausgeber ändern in fundus. Aber fundum als Nebenform kommt auch sonst vor. Siehe Corp. gl. Lat. II, 526 Halbzeile 22 fundum πυθμήν; ebenda V, 296 Halbzeile 47 fundum possessio uel praedia uel maior uilla. Ueberhaupt sind Nomina der zweiten Deklination mit einer Doppelform auf us und um gar nicht selten: Neue-Wagener Bd. 1³ S. 789.

10) Nach Fitting, Alter² S. 53 hätte dieser § 141 dem Paulus

(De locatione et conductione.)

142. Locatio autem et conductio similibus regulis constituuntur [1]).

Nisi enim merces certa statuta sit, non uidetur [2]) locatio et conductio contrahi. **143.** Unde [3]) si alieno arbitrio merces permissa sit, uelut quanti Titius [4]) aestimauerit, || quaeritur [5]): an locatio et conductio contrahatur. HS. S. 166

143 a. Qua de causa si fulloni [6]) polienda curandaue, sarcinatori sarcienda uestimenta dederimus, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos conuenerit, quaeritur: an locatio et conductio contrahatur [7]).

144. Vel [8]) si rem tibi utendam dederim et inuicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur [9]): an locatio et conductio contrahatur. **145.** Adeo [10]) autem emptio et uenditio et locatio et conductio

---

vorgelegen, als er lib. 33 ad ed. fr. 1 § 1 de contr. empt. 18, 1 niederschrieb. Vgl. Rtsgel. Gaj. S. 29.

1) Kr. und Huschke constituitur.

2) Gajanisch: siehe zu III, 141.

3) Gajanisch: siehe zu III, 111.

4) So Goeschen. HS. quatitius = quanti Tius statt quanti Titius.

5) Gajanisch: siehe zu III, 141.

6) So Goeschen mit I. I. III, 24 § 1. HS. fulloin.

7) Qua de causa würde an sich auf Gajus hinweisen: siehe zu III, 131; ebenso das quaeritur. Aber verdächtig ist die Gleichgültigkeit gegen den Numerus: dederimus . . daturus. Dazu kommt, daß das Qua de causa sich gar nicht an das unmittelbar Voraufgehende anlehnt, sondern in Beziehung steht zur merces certa statuta des § 142. Das Beispiel könnte entnommen sein aus Gai lib. 10 ad ed. prou., wohin es gestellt wird fr. 22 de praesc. uerb. 19, 5.

8) Mit diesem Vel wird andererseits der Unde-Satz des § 143 fortgeführt, das spricht ebenfalls für spätere Einschiebung des § 143 a. Pol. ersetzt uel durch item, ihm folgen Kr. und Hu.

9) Gajanisch: siehe zu III, 143.

10) Gajanisch: siehe zu III, 119 b.

familiaritatem aliquam inter se habere uidentur[1], ut in quibusdam causis quaeri[2] soleat[3]: utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio. Veluti si qua res in perpetuum[4] locata sit, quod euenit[5] in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu id[6] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur[7]. Sed magis placuit[8] locationem conductionemque esse.

146. Item quaeritur, si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denari XX mihi darentur, in eos uero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii[9] mille, quaeritur[10]: utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam uideri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet[11] tamquam

---

1) Gajanisch: siehe zu III, 142.

2) Gajanisch: siehe zu III, 144.

3) Gajanisch: siehe zu III, 117.

4) HS. perpetum.

5) So Goeschen, HS. ēuenit, das wäre etwa = est uenit. Vertauschung von ē und e.

6) Kr., Huschke S. K., Girard streichen dieses id. Meines Erachtens wird mit diesem id hingewiesen auf die im einzelnen Falle vereinbarte Pachtsumme. Wir haben hier vor uns den Inhalt eines Dictum: solange die betreffende Pachtsumme geleistet wird usw.

7) HS. autferatur. Das praedium auferre unterstellt Mitteis R. Pr.rt. Bd. 1 S. 387 Anm. 39 privater rei uindicatio. Sollte aber nicht dabei in erster Linie an erlaubte Selbsthilfe zu denken sein?

8) Gajanisch: siehe zu III, 133.

9) So Goeschen. HS. denarios, wohl falsche Auflösung einer Abkürzung; oder vielleicht Anakoluth, als ob voraufgegangen wäre mihi dares.

10) Goeschen streicht das voraufgehende quaeritur; und an einem quaeritur hätten wir auch genug gehabt.

11) Huschke⁴ apparere.

sub condicione || facta cuiusque venditione an[1]) locatione[2]). HS. S. 167
Iam enim non dubitatur, quin sub condicione res ueniri[3]) aut locari possint[4]).

147. Item quaeritur, si cum aurifice mihi conuenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et[5]) acciperet uerbi gratia denarios C C: utrum emptio et uerditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait: materiae quidem emptionem[6]) ueuditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et uenditionem contrahi. Atqui si meum aurum ei dedero mercede[7]) pro opera constituta, conuenit locationem conductionem contrahi.

---

1) Dieses an ist allerdings auffallend. Helm V. I. R. I, 440 bemerkt: Locus singularis; an = aut. Vgl. Handii Tursellinus Bd. 1, S. 302.

2) So Goeschen. HS. uenditionem . . locationem.

3) Statt uenire: siehe zu II, 155.

4) Man kann zweifelhaft sein: ob obiges Beispiel schon Gajus gebracht hat, oder ob es von einem Nachgajaner angefügt worden. Für Gajus scheinen zu sprechen: quaeritur . . placuit . . uideri. Andere sprachliche Eigentümlichkeiten weisen auf einen Nachgajaner hin: an statt aut, ueniri statt uenire. Auch verrät das doppelte quaeritur eine gewisse Nachlässigkeit. Dazu kommt die Rechnung nach Denaren, die wir nur hier und im folgenden Paragraphen antreffen, während wir es sonst stets mit Assen und Sesterzen zu tun haben. Dies sind selbst im V. I. R. II, 163 die einzigen Stellen aus Gajus, wo uns Denare entgegentreten. Die übrigen Stellen sind entnommen aus Werken von Florentinus, Scävola, Paulus, Ulpianus. Noch in der Inschrift betr. das S.C. de sumptibus gladiatorum vom Jahre 176 oder 177, die uns gerade hier näher berührt, haben wir fast überall die Sesterzenrechnung, nämlich Zle 8. 9. 30—34. 36. 37. 57. 62. 63. Nur einmal Zle 58 begegnen wir sex aureis. Ferner ist auffallend der Schlußsatz: Iam enim non dubitatur. Die Gültigkeit des bedingten Kaufes stand schon für Labeo fest: siehe Ulp. fr. 50 de contr. empt. 18, 1 und dazu Präscr. S. 103 flg. Mit dem formlosen Konsensualkontrakte hätten sich solche Zweifel auch kaum vertragen. Sonstige Stellen bei Bechmann Bd. 2 S. 394 Anm. 3.

5) So I. I. III, 24 § 4; HS. facere et.

6) So I. I.; HS. quid emptionem.

7) So I. I.; HS. mercedem.

⟨De societate⟩

148. Societatem coire solemus[1]) aut totorum[2]) bonorum[3]) aut unius alicuius[4]) negoti, ueluti mancipiorum[5]) emendorum aut uendendorum. **149.** Magna autem quaestio[6]) fuit: an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius[7]) ⟨contra naturam societatis esse existimauit et ob id non esse ratam habendam talem pactionem. Seruius Sulpicius, cuius⟩[8]) etiam praeualuit sententia, adeo[9]) ita coiri posse societatem existimauit, ut dixerit illo quoque modo[10]) coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat: si modo opera eius tam pretiosa uideatur[11]), ut aequum[12]) sit eum cum hac pactione in societatem admitti.

149a. Nos[13]) et ita posse coire societatem constat, ut unus

---

1) Gajanisch: siehe zu III, 145.

2) HS. tutorum.

3) I. I. III, 25 pr. fügen hinzu: quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant.

4) Huschke S. K. Iurispr. I, 109 vergleichen mit dem griechischen εἷς τις, dem Aehnliches sich bei Cicero findet. Kalb, Spezialgr S. 77 übersetzt 'für irgendein einziges Geschäft'.

5) HS. mancipior zu dem von dem folgenden emendorum ein um mit hinüberzunehmen.

6) Gajanisch: siehe zu III, 145.

7) Gajus hatte selber libri ex Quinto Mucio geschrieben: siehe I, 188.

8) Ergänzt auf Grund von I. I. III, 25 § 2. Etwas anders und kürzer ergänzt Goeschen.

9) Gajanisch: siehe zu III, 145.

10) HS. m̄ statt m̊.

11) Gajanisch: siehe zu III, 145.

12) HS. ecum.

13) HS. n̄, das Goeschen, allerdings in Anlehnung an I. I. III, 25 § 2, durch nam ersetzt hat. Auf diese Weise wurde dann ein Aenderung des coire in coiri erforderlich. Ich möchte nos für n̄ vorschlagen, wie ich auch schon III, 128 (162, 20) an in a nobis aufgelöst habe.

pecuniam conferat, alter non conferat, || et tamen lucrum inter eos commune[1]) sit: saepe enim opera alicuius pro pecunia ualet[2]). HS. S. 163

150. Et[3]) illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos conuenerit, tamen[4]) aequis ex partibus commodum ut[5]) incommodum inter eos commune esse. Sed si in altero partes expressae fuerint, uelut in lucro, in altero uero omissae: in eo damno[6]) quoque, quod omissum est, similes[7]) partes erunt[8]). **151.** Manet autem societas eo usque donec[9]) in eodem sensu[10]) perseuerant: at cum

1) Vgl. Neue-Wagener Bd. 2 S. 858; Sommer[2] S. 261.

2) Der von mir als § 149a abgetrennte Satz Nos .. ualet unterbricht den Zusammenhang. Im Voraufgehenden wie Nachfolgenden ist davon die Rede, das Verhältnis von Gewinnanteil und Verlustanteil zueinander zu bestimmen. Hier wird eingeschaltet: daß eine Teilnahme am Gewinn auch möglich sei, wenn gar kein Geldeinschuß erfolgte.

3) Goeschen hatte dieses Et fortgelassen, das aber Lachmann mit Heffter wiederherstellte. Kr. streicht aufs neue.

4) Niebuhr hätte lieber tum gesehen. Kr. streicht dieses tamen. Wir müssen indes diesen Satz nicht mit § 149a verknüpfen wollen, sondern ihn dem § 149 anschließen. Hier war die Rede davon, daß man sich vereinbart hatte über den Gewinn und Schaden; von einer solchen Vereinbarung, die beides betraf, wird jetzt abgesehen. Zum § 149a paßt auch gar nicht das inter eos.

5) Lachmann und Kr. mit Böcking et.

6) HS. eod, das ich setze = eo damno. Bisher hat man sich begnügt mit eo.

7) Unter den similes partes sind hier gleiche Teile zu verstehen.

8) Da der § 149a sich gleichfalls bezieht auf den Fall, wo die Vereinbarung sich auf den Gewinn beschränkte, wäre er wohl besser erst hier angereiht.

9) eo usque donec in der Bedeutung 'so lange als' ist nach Kalb R. J. S. 75 gajanisch: siehe zu II, 67. Einerlei ob der Indikativ oder Konjunktiv folgt. Vgl. jetzt auch V. I. R. II, 383. 384: praecedit 'eo usque' apud unum Gaium.

10) Epitome II, 9 § 17 und I. I. III, 25 § 4 bringen consensu. So ändern den Text Goeschen und Kr. Nötig ist diese Aenderung keineswegs, da die Uebereinstimmung schon mit dem eodem zum Ausdruck gelangt.

aliquis renuntiauerit societati, societas soluitur. Sed plane si quis in hoc renuntiauerit societati, ut obueniens aliquod lucrum solus habeat — ueluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiauerit societati, ut hereditatem solus lucri faciat — cogetur[1]) hoc lucrum communicare. Si quid uero aliud lucri fecerit, quod non captauerit, ad ipsum solum pertinet. Mihi uero, ⟨cum ab aliquo heres essem relictus, si ipse societati non renuntiaue⟩ro[2]), quidquid omnino pos[3]) renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur[4]). **152.** Soluitur a d h u c societas e t i a m[5]) morte socii, q u i a[6]) qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. **153.** Dicitur etiam kapitis diminutione solui societatem, q u i a[7]) ciuili r a t i o n e[8]) kapitis

---

1) HS. coget.

2) HS. ůiro = uero iro. Aber das i ist als blasser Buchstabe von S t u d e m u n d wiedergegeben. L a c h m a n n hatte es für e genommen. Nach K r. wäre ů = uero eine Verbesserung des folgenden iro, so daß dann iro zu tilgen wäre. Ich nehme eine Lücke an. Einmal ist der Text in der Kürze, wie ihn die HS. bringt, kaum verständlich. Sodann scheint Theoph. III, 25 § 4 einen ausführlicheren Text vor sich gehabt zu haben, wenn es hier heißt: τῷ μέντοι Secúndῳ, εἴ τι μετὰ τὴν ἀπαγόρευσιν τὴν εἰς αὐτὸν γενομένην τῆς κοινωνίας περιεποιήθη, εἰ καὶ ἡ αἰτία τῆς νῦν κτήσεως πρεσβυτέρα τῆς ἀπαγορεύσεως ἦν, μόνος λήψεται διὰ τὸ μηδένα αὐτοῦ δόλον ἐλέγχεσθαι. Diesem Texte entspricht dem Sinne nach die obige Ergänzung.

3) Siehe zu III, 124.

4) Nach P a r t s c h', Studien zur Negotiorum Gestio I S. 6 Anm. 3 ist es Sprachgebrauch des Gajus: 'daß das Demonstrativum nach dem verallgemeinernden Relativpronomen nur bei kurzen Sätzen fehlt'.

5) Gajanisch: siehe zu III, 33.

6) Gajanisch: siehe zu III, 133.

7) Gajanisch: siehe zu III, 152.

8) Gajanisch: siehe zu III, 98.

diminutio morti coaequatur[1]. Sed utique[2]) si adhuc consentiant in societate[3]), noua uidetur[4]) incipere societas[5]). **154.** Item si cuius ex sociis bona publice aut priuatim uenierint, soluitur societas. § **154a.** Sed haec quoque societas, de qua loquimur, id est[6]) quae consensu contrahitur nudo[7]), iuris eo[8]) gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione[9]) consistit[10]). HS. S. 169

155. Mandatum consistit siue nostra gratia mandemus siue aliena. Itaque siue ut mea negotia geras siue ut alterius mandauerim, contrahitur mandati obligatio; et inuicem alter alteri tenebimur in id[11]), quod uel me tibi uel te mihi bona fide praestare oporteret[12]). **156.** Nam[13])

---

1) Diese Gleichstellung der Capitis Deminutio mit dem Tode ist uns schon I, 128 bei demjenigen entgegengetreten, der das römische Bürgerrecht verlor.

2) Gajanisch: siehe zu III, 122.

3) Goeschen mit I. I. III, 25 § 8 societatem.

4) Gajanisch: siehe zu III, 149.

5) Eine andere Auffassung entwickeln hinsichtlich der capitis deminutio minima Ulpian, Julian fr. 58 § 2, Paulus fr. 65 § 11 pro socio 17, 2.

6) HS. idē nach der letzten Lesung von Studemund; namentlich das id freilich nicht ganz sicher.

7) Den Gegensatz bildet wohl die societas in der Bedeutung von 'Miteigentum'. Man hat auch gedacht an die societas publicanorum. Siehe darüber Soc. publ. S. 303 flg.

8) HS. co oder eo oder go. Huschke und Kr. streichen diese Buchstaben. Siehe wegen der Beziehungen zwischen Konsensualkontrakt und ius gentium Erkl. 36.

9) Gajanisch: siehe zu II, 79.

10) Der Konsensualkontrakt wurde bisher stillschweigend vorausgesetzt: § 151 donec in eodem sensu perseuerant; § 153 si adhuc consentiant. Hier wird geschlossen auf seine Herkunft. Vgl. Erkl. 36.

11) So Huschke. HS. id in.

12) HS. oportere. Goeschen schlägt vor oporteret oder oportet. Näher liegen dürfte oporteret. Wegen des Konjunktives vgl. etwa IV, 47 deposuisset. Pol. schiebt paret ein.

13) I. I. III, 26 pr.: at; Gai. fr. 2 pr. mand. 17, 1: quod.

si tua gratia tibi mandem, superuacuum[1]) est mandatum: quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi tuae habentem ⟨te⟩[2]) hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamuis iam[3]) ei mutuam dederis, a quo seruare non potueris: non tamen habebis mecum man. ⟨dati⟩[4]) actionem[5]).

Item si hortatus sim, ⟨ut⟩ r⟨em⟩[6]) aliquam emeres, quam non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati teneri[7]).

Et adeo[8]) haec ita sunt, ut quaeratur[9]) an mandati teneantur ⟨qui mandauerunt tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Fuerunt qui putauerunt teneri⟩[10])

---

1) HS. superuacum.

2) Kr. mit I. I. § 6 domi te habentem; Huschke S. K. domi tuae te habentem; Huschke⁴ wie oben.

3) Statt iam bringt Goeschen eam, ihm folgt Kr. Indessen iam, das auch Huschke beibehält, gibt einen ganz guten Sinn: obwohl du das Darlehn schon gegeben, den Auftrag also schon ausgeführt hast; und zwar an jemand, von dem du es nicht wiedererhalten kannst.

4) Ergänzung von Goeschen.

5) Der Text ut eam faenerares . . actionem bildet in der HS. einen besonderen Absatz, könnte also später nachgetragen sein. Ob vielleicht aus einer anderen HS.? Jedenfalls ist er im Zusammenhange nicht zu entbehren.

6) Ergänzung von Goeschen.

7) Mit Item setzt die HS. ab. Wir haben hier wohl eine nachgajanische Zutat vor uns. Auffallend sind die beiden Akkusative quam und eam sowie der Infinitiv teneri. Goeschen bringt quamuis für quam und hat am Schluß tenebor vermutet. Man könnte quam allein schon ganz gut konzessiv verstehen: obgleich diese. Danach wäre das folgende eam ein Pleonasmus. Das Beispiel mag nachgetragen sein aus Gaius lib. 2 cott. fr. 2 § 6 mand. 17, 1. Im folgenden Et adeo haben wir wieder unmittelbaren Anschluß an das faenerares.

8) Gajanisch: siehe zu III, 149.

9) Gajanisch: siehe zu III, 149.

10) Obige Einschaltung ist meines Erachtens nötig, um einen Gegensatz zu gewinnen zum folgenden Sed Seruius. Umgekehrt

qui mandauit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Sed Seruius negauit: non magis hoc casu obligatum [1]) consistere putauit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret [2]). Sequimur Sabini [3]) opinionem consentientis [4]): quod [5]) non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

157. Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores | est, non contrahi [6]) obligationem: ueluti si tibi [7]) mandemus [8]), ut Titio furtum aut [9]) iniuriam facias. Hs. S. 170

158. Item si quis pos [10]) mortem meam [11]) faciendum mandet, inutile mandatum est:

quia [12]) generaliter placuit [13]) ab heredis persona obligationem incipere non posse.

159. Sed recte [14]) quoque consummatur mandatum, (quod recte contractum est, nisi reuocatum sit. Mandatum) [15]) si, dum adhuc integra res sit, reuocatum

---

streichen dieses Sed Kr. und Huschke; Kr. verwandelt auch das folgende non in nec.

1) Ob eine Aenderung in obligationem nötig?

2) Pol. streicht den ganzen Satz non magis . . faeneraret.

3) Gajanisch: siehe zu III, 133.

4) Die Zustimmung bezieht sich auf die Meinung, welche Servius verneinte. Mommsen contra sentientis.

5) HS. q, das doch wohl einem quod entspräche. Goeschen quia, das allerdings Gajanischer wäre; vgl. aber schon II, 121 (83. 22).

6) HS. contratrahi.

7) So Goeschen; HS. ueluti ti sibi.

8) Goeschen mandem.

9) HS. autem.

10) Siehe zu III, 151.

11) Das meam ist meines Erachtens vom Standpunkte des Beauftragten zu verstehen: daß ich nach meinem Tode tun soll. Man hat hier verschiedene Aenderungen vorgeschlagen: siehe Dubois. Ob es derselben bedarf?

12) Gajanisch: siehe zu III, 153.

13) Gajanisch: siehe zu III, 145.

14) Gajanisch: siehe zu III, 131.

15) I. I. III, 26 § 9 bringen: Recte quoque mandatum con-

fuerit, euanescit. **160.** Item si adhuc integro mandatu mors [1]) alterutrius alicuius [2]) interueniat, id est uel eius qui mandarit uel eius qui [3]) mandatum susceperit, soluitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo qui mihi mandauerit ignorans eum decessisse exsecutus fuero [4]) mandatum, posse [5]) me agere mandati actione.

Alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum mihi non adferet [6]).

Et huic simile est quod plerisque placuit [7]), si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam soluerit, liberari eum: cum alioquin stricta iuris ratione [8]) non posset [9]) liberari eo, quod ali soluisset quam cui soluere deberet [10]).

---

tractum. Dieses contractum ist nicht gut zu entbehren, weil vorhin von der Begründung des Mandates die Rede war. Bei obiger Ergänzung findet aber auch consummatur Verwendung. I. I. haben hier das consummatur beseitigt, weil davon im § 11 eingehender gehandelt worden. Bisher hat man meistens das consummatur in consummatum verwandelt: vgl. dagegen Dubois.

1) HS. mandatum mors. Goeschen mit I. I. III, 26 § 10 schreibt mandato. Das ist die Form der Byzantiner: vgl. c. 7 pr. § 1 ad S. C. Mac. 4, 28 vom J. 530; c. 2 § 5 de iurei. 2, 58 vom J. 531 und dazu Partsch, Neg. Gest. I S. 25.

2) Siehe zu III, 148. I. I. III, 26 § 9 ist alicuius fortgelassen.

3) HS. cui. Vgl. Seelmann S. 337.

4) HS. furo.

5) Anakoluth bzw. Gräzismus. ut .. posse.: siehe Rtsgel. Gajus S. 65. Für Wiedereinsetzung des ut ist Lachmann eingetreten; ebenso verteidigt den Text Kalb R. J. S. 31. Dagegen möchte Gradenwitz für posse me lieber possem setzen.

6) Wir haben hier wohl vor uns eine Verallgemeinerung des folgenden Satzes, die erst später hinzugefügt sein wird. I. I. III, 26 § 10 heißt es am Schlusse: damnum tibi afferat.

7) Gajanisch: siehe zu III, 158.

8) Gajanisch: siehe zu III, 154a.

9) So Goeschen. HS. possent.

10) Zur Sache siehe Besitz S. 206.

161. Cum autem is cui recte[1] mandauerim egressus fuerit mandatum, ego quidem[2] eatenus cum eo habeo mandati actionem[3], quatenus mea interest[4] inplesse eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest. Itaque si mandauerim tibi, ut uerbi gratia fundum mihi sestertiis C emeres, tu sestertiis[5] CL emeris, non habebis mecum || mandati actionem: etiamsi tanti uelis mihi HS. S. 171
dari[6] fundum, quanti emendum tibi mandassem; idque maxime Sabino[7] et Cassio[8] placuit[9]. Quodsi minoris emeris, habebis mecum[10] scilicet actionem: quia[11] qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique[12] mandare[13] intellegitur[14], uti minoris si posset emeret[15].

162. In summa sciendum: aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur,

---

1) Gajanisch: siehe zu III, 159.

2) HS. quid.

3) HS. atctionem.

4) Gajanisch: siehe zu III, 119 b.

5) HS. se, wozu hinüberzunehmen stertiis von dem voraufgehenden $\overline{ss}$ = sestertiis.

6) Goeschen ändert in dare, ihm folgen die bisherigen Herausgeber. Meines Erachtens ist an dari festzuhalten. Verständigerweise wird der Beauftragte vereinbart haben, daß die Manzipation bzw. Tradition sofort an den Auftraggeber erfolge. Vgl. tit. C. si quis alteri 4, 50 und dazu Besitz S. 202.

7) Gajanisch: siehe zu III, 156.

8) In seinen res. cott. lib. 2 fr. 4 mand. 17, 1 hat Gajus sich dem Proculus angeschlossen: Sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignor est.

9) Gajanisch: siehe zu III, 160.

10) HS. mecu.

11) Gajanisch: siehe zu III, 158.

12) Gajanisch: siehe zu III, 153.

13) HS. dariintellegitur = dar intellegitur = dare intellegitur.

14) Gajanisch: siehe zu III, 114.

15) I. I. III, 26 § 8 emeretur.

mandati esse actionem: ueluti si fulloni polienda curandaue uestimenta aut sarcinatori sarcienda[1]).

163. Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus[2]) adquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas, quae in nostra potestate manu mancipioue sunt[3]). **164.** Per liberos[4]) quoque homines et alienos seruos, quos bona fide possidemus, adquiritur nobis[5]); sed tantum ex duabus causis: id est si quid ex operis suis uel ex re nostra adquirant[6]). **165.** Per eum quoque seruum, in quo usumfructum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis adquiritur. ⟨Quae uero res extra eas causas adquiritur, ea domino proprietatis adquiritur.⟩[7]) **166.** Sed qui nudum ius Quiritium in seruo habet, licet dominus sit, minus tamen iuris in ea re habere intellegitur[8]) quam usufructarius et bonae fidei

1) In summa sciendum geht hier wie II, 96 auf einen Nachgajaner zurück. Dafür spricht ferner das nachlässige Latein: neben sciendum vermißt man est, zu dederim fehlt ein si und zum letzten si wieder dederim. Beispiele mit denselben Handwerkern, wo aber die Voraussetzung eine etwas andere, bringt ein Nachgajaner schon III, 143 a.

2) Gajanisch: siehe zu III, 56.

3) Der § 163 entspricht II, 86 bis zum ersten habemus.

4) HS. libereos.

5) Der § 164 bis hierher entspricht dem II, 86 vom zweiten Item bis possidemus.

6) Der § 164 von sed tantum an entspricht II, 92.

7) Der § 165 entspricht II, 91. Hier ist aber ein Satz, der dem ursprünglichen Schlußsatz entspricht, ausgefallen. Für diesen Ausfall spricht das ohne alle Beziehung dastehende in ea re des § 166. Huschke hat ea ersetzt durch adquisita ab eo. Ferner läßt das qui nudum ius Quiritium usw. des § 166 erwarten, daß vorher von einem anders gearteten Eigentümer die Rede war.

8) Gajanisch: siehe zu III, 161.

possessor: nam placet[1]) ex nulla causa alia[2]) ei adquiri posse, adeo ut[3]), etsi nominatim ei dari stipulatus fuerit seruus mancipioue[4]) nomine eius[5]) acceperit, ‖ quidam existimant[6]) nihil ei adquiri[7]). HS. S. 172
167. Conmunem[8]) seruum pro dominica parte dominis adquirere certum est; excepto eo quod uni nominatim stipulando uel mancipi⟨o d⟩[9]) ando aut mancipio accipiendo illi soli adquiritur[10]): uelut cum ita stipuletur 'Titio domino meo dari spondes?' aut cum ita mancipio accipiat 'hanc rem ex iure Quiritium L. Titi domini mei esse aio eaque ei empta esto hoc aerei[11]) aeneaque libra'. 167 a. Illud quaeritur[12]) ⟨tamen: domini nomen si seruus non adiecit, an⟩[13]) tamquam domini nomen adiectum domini et

1) Gajanisch: siehe zu III, 161.

2) Dieses alia hat schon Goeschen gestrichen, dem die meisten gefolgt sind. Dubois nimmt eine Umstellung vor. Meines Erachtens ist hier folgender Gedanke ausgesprochen: demjenigen, der das nudum ius Quiritium hat, kann auf keine Weise anderes durch den Sklaven erworben werden, nämlich zum nudum ius Quiritium hinzu.

3) Gajanisch: siehe zu III, 156.

4) HS. ū = uel.

5) HS. nomen eius = nomene eius für nomine eius.

6) Konsekutives ut mit dem Indikativ: siehe zu III, 75.

7) HS. adquri.

8) Siehe zu III, 149 a.

9) Die Buchstaben od werden hier am Ende der Zeile ausgefallen sein: Goeschen hat uel mancipiando einfach gestrichen. Zur Sache verweise ich auf Erkl. 52 unter 2.

10) I. I. III, 28 § 2 adquirit.

11) Goeschen aere. Wegen des Ablatives auf ei vgl. Ktsgel. Gajus S. 100. Ein älterer Ablativ C. I. L. I n. 61 (I² n. 38) airid: siehe Sommer² S. 377.

12) Gajanisch: siehe zu III, 156.

13) Ergänzt in Anlehnung an Theoph. III, 28 § 3: ὀνόματος μὴ μνησθείς. Andere Heilungsversuche stellt zusammen Dubois.

fecit[1]), idem faciat unius ex dominis iussum intercedens. Nostri praeceptores[2]) perinde ei qui iusserit soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset seruus mancipioue accepisset[3]); diuersae scholae auctores[4]) proinde utrisque[5]) adquiri putant, ac si nullius[6]) iussum interuenisset.

168. Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeatur[7]).

Unde[8]) quaeritur[9]): si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus[10]) placet[11]); an ipso iure maneat obligatus, sed aduersus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diuersae scholae auctoribus[12]) uisum est.

---

1) Goeschen ändert tamquam in an quod und et fecit in efficit. Gemäß der von mir versuchten Ergänzung wäre meines Erachtens der überlieferte Text zu halten. Ich übersetze: 'sowie der hinzugefügte Namen des Eigentümers ihn auch zum Eigentümer gemacht hat'. Dabei wäre tamquam mehr in seiner ursprünglichen Bedeutung zu verstehen. Das Ursprüngliche ist hier der der Wirklichkeit entsprechende Vergleich. Daraus entwickelte sich dann die Bedeutung des angenommenen Vergleichs. Siehe Schmalz, Lat. Gramm.[4] S. 549. Wegen et in der Bedeutung von 'auch' siehe Handii Tursell. II S. 499 flg.; V. I. R. II, 569.

2) Gajanisch: siehe zu III, 141.

3) So Goeschen. HS. accipisset.

4) Gajanisch: siehe zu III, 141.

5) Siehe zu II, 215.

6) So Goeschen. HS. nullis.

7) I. I. III, 29 pr.: debetur.

8) Gajanisch: siehe zu III, 143. Mit einer richtigen Folgerung haben wir es freilich kaum noch zu tun; das Unde dient hier mehr zur bloßen Anreihung.

9) Gajanisch: siehe zu III, 167a.

10) Gajanisch: siehe zu III, 167a.

11) Gajanisch: siehe zu III, 166. Lachmann möchte placuit den Vorzug geben.

12) Gajanisch: siehe zu III, 167a.

Fit[1]) ⟨autem liberatio et alio pro debitore soluente. **169.** Item⟩ per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est ueluti[2]) imaginaria solutio: quod enim ex uerborum obligatione tibi debeam, id si uelis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec uerba ⟨m⟩e ‖ dicere: 'quod ego tibi promisi habesne acceptum?' et tu respondeas 'habeo'. **170.** Quod[3]) genere, ut diximus, ⟨tantum eae obligationes soluuntur, quas uerbis contrahimus⟩[4]), non etiam ceterae. HS. S. 173

Consentaneum[5]) enim uisum[6]) est uerbis factam obligationem posse alis uerbis dissolui.

Sed id quod ex alia causa debeatur potest in stipulationem deduci et per acceptilationem ⟨dissolui. **171.** Quamuis uero dixerimus perfici acceptilationem⟩[7]) imaginaria solutione, tamen mulier sine tutoris auctoritate acceptum facere non potest, cum alioquin solui ei sine tutoris auctoritate possit.

172. Item quod debet, pro parte debet recte accipi[8]), recte

---

1) Hinter Fit scheint ein ganzer Satz ausgefallen zu sein, den ich ergänzt habe in Anlehnung an I. I. III, 29 pr. Einen ähnlichen Vorschlag macht schon Polenaar, dem zustimmt Dubois.

2) HS. uuti = uelutiti.

3) Alter Ablativ: siehe zu III, 64. Goeschen quo.

4) Goeschen lehnte sich bei seiner Ergänzung genauer an die Worte von I. I. III, 29, § 1, wo es heißt: quae ex uerbis consistunt.

5) Gajanisch: siehe Erkl. 56.

6) Gajanisch: siehe zu III, 153.

7) In Anlehnung an I. I. III, 29 § 1 hat schon Goeschen dissolui eingesetzt. Die weiteren Ergänzungen rühren von Huschke her. Aehnlich ergänzt Kr.

8) Das Apographum hat hier freilich in blassen Buchstaben solui; aber Studemund bemerkt, daß diese Buchstaben durchaus unsicher sind: so ließe sich auch wohl ein accipi rechtfertigen, oder vielleicht ein capi gemäß Paul. fr. 2 de calumn. 3, 6; fr. 115 de reg. iur. 50, 17. Der Gedanke wird I. I. III, 29 § 1 in abgekürzter Gestalt wiedergegeben: quod debetur pro parte recte soluitur. Dieser Fassung folgen auch bei Gajus die bisherigen Herausgeber.

soluit; an [1]) autem in partem acceptum fieri possit, q⟨uae⟩ situm [2]).

173. Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et [3]) libram. Quod et ipsum genus certis in causis recepticium [4]) est: ueluti si quid eo nomine debeatur [5]) quod per aes et libram gestum esset [6]).

siue quod tum [7]) ex iudicati causa debitum [8]).

174. Adhibemus autem [9]) non minus quam quinque testes et ⟨libram tenentem eiusdem condicionis, qui appellatur⟩ [10]) libripens; deinde is qui liberatur [11]) ita oportet loquatur: 'quod [12]) ego tibi tot milia [13]) condemnat⟨us iudicio sum⟩ [14]),

---

1) So schon Goeschen. HS. a·.

2) Das recte wie das quaesitum würden an sich auf Gajus hinweisen. Indessen die ungewöhnliche Abkürzung von an, das Fehlen des est bei quaesitum und nicht zum mindesten die lose Anreihung dürften mehr für nachgajanischen Ursprung sprechen.

3) So Goeschen. HS. ēt· = etiam.

4) Goeschen receptum. HS. receptisum, das eher auf ein recepticium hinweisen dürfte. Receptum bezieht sich auf die einmalige Handlung, bei recepticium hätten wir an den dauernden Zustand zu denken.

5) So Goeschen. HS. debeat.

6) HS. ēt statt eēt = esset. Hieran dachte schon Lachmann. Goeschen bringt est. Huschke ändert in sit.

7) HS. quodt. Goeschen quit.

8) HS. debit. Goeschen debitum sit; Lachmann hält auch debebitur für möglich. Das Beispiel ist wohl erst später hinzugefügt. Zur Not ließe sich das voraufgehende esset auf debitum mitbeziehen. Polenaar debitum sit. Eaque res ita fit. Kr. debeatur Eaque res ita agitur. Meines Erachtens wird sich das Adhibemus einmal unmittelbar dem gestum esset angeschlossen haben.

9) Diese Auflösung dürfte dem handschriftlichen athibem at in erster Linie entsprechen. Goeschen ändert in athibentur wegen des folgenden libripens.

10) Neben dieser Einschaltung läßt sich auch libripens halten.

11) HS. liberat.

12) HS. quam.

13) HS. milibus, dessen Richtigkeit schon Kr. und Huschke bezweifelt haben. Es liegt wohl vor eine falsche Auflösung von mil·: vgl. zu III, 124.

14) Nach Erman, Zur Gesch. der röm. Quit. S. 39 wäre die

me eo [1]) nomine [2]) de [3]) te soluo liberoque [4]) hoc aere aeneaque libra; hanc tibi libram primam postremamque [5]) expen⟨do⟩ de [6]) legem publicam'; deinde asse percutit libram eumque det [7]) ei [8]), a quod [9]) liberatur [10]) ueluti soluendi causa. **175.** Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est: ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum iudicio [11]) se esse significat [12]), ita heres ⟨testamento⟩ [13]) se

---

Ergänzung us sum 'fast zweifellos'. Aber Studemund bemerkt: in fine 'ussu' litteras extitisse uerisimile uisum non est.

1) HS. mego = me ego = me eo.

2) HS. n men = nonmen = nomen, wohl falsche Auflösung von nom bzw. nonm.

3) HS. fehlender Buchstabe und blasses o, so daß man eher an de als a denken möchte.

4) HS. liberoquam. 5) HS. postremanquam.

6) Huschke expendo secundum. HS. expen de. Meines Erachtens wird hinter expen am Ende der Zeile do ausgefallen und de zu halten sein. Wegen de in der Bedeutung von secundum siehe V. I. R. II, 52. Von den hier angeführten Stellen ist besonders herauszuheben die Fassung einer exceptio bei Ulp. fr. 1 § 16 de flum. 43, 12: extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit. Wegen des Akkusativs neben de siehe Neue-Wagener Bd. 2³ S. 928; C. I. L. VI n. 9232. 12609.

7) Also: 'soll geben'; das wohl nicht immer genau beachtet wurde. Goeschen dat.

8) So Goeschen. HS. el.

9) Alter Ablativ: siehe zu III, 170.

10) HS. liberatum.

11) HS. condemnati, das vielleicht in dieser Weise aufzulösen wäre Nach Stud., Apogr. S. 305 Zle 33. 34 wäre condemnati hervorgegangen aus condemnat· = condemnatum. Eine sachliche Verschiedenheit zwischen beiderlei Textgestaltung ist wohl kaum vorhanden. Condemnatum iudicio würde nur ein etwas vollerer Ausdruck sein, dem dann auch die Formel in dieser Weise sich anpassen ließe: Quod ego tibi tot milibus condemnatus iudicio sum.

12) Das Wort steht hier in gewöhnlicher Bedeutung: siehe zu III, 124. Der iudicatus bezeichnet sich als einen condemnatum iudicio.

13) Die Ergänzung ist nach Studemund möglich, aber nicht sicher.

dare damnatum esse dicat. De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari[1]), quod pondere numero constet[2]), et ita si certum sit; quidam et de eo, || quod mensura constat, idem[3]) existimant[4]). HS. S. 1

176. Praeterea nouatione tollitur obligatio: ueluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interuentu nouae personae noua nascitur obligatio et prima tollitur[5]) translata in posteriorem.

Adeo ut[6]) interdum[7]), licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima nouationis iure tollatur: ueluti si quod mihi debes, a Titio pos[8]) mortem eius, uel a muliere pupilloue sine tutore auctore[9]) stipulatus fuero. Quod[10]) casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. Non idem[11]) iuris est, si a seruo stipulatus fuero: nam tunc ⟨prior⟩[12]) proinde adhuc obligatus tenetur ac si postea a nullo stipulatus fuissem[13]).

---

1) So Goeschen. HS. librari.

2) Siehe wegen dieses constare Erkl. 3 zu III, 90.

3) So Goeschen. HS. ind.

4) Die §§ 173—175 sind uns recht fehlerhaft überliefert. Vielleicht wird der hier behandelte Gegenstand später als unpraktisch beim Unterrichte übergangen sein. Einer ähnlichen Erscheinung sind wir schon begegnet zu II, 284—288: siehe Bd. 2 Abt. 2 S. 432; zu III, 131. 132: siehe oben Erkl. 33 unter 4.

5) HS. tollit.

6) Gajanisch: siehe zu III, 166.

7) HS. indum, das wohl beruht auf Verwechslung der Abkürzungen ī = in und ĭ = inter, oder das ter verlor sich bei der Aussprache.

8) Siehe zu III, 158.

9) Siehe zu III, 91.

10) Siehe zu III, 174.

11) HS. id.

12) Ergänzt auf Grund von I. I. III, 29 § 3 von Kr. u. a.

13) I. I. nullus stipulatus fuisset. Siehe dazu Heumann-Seckel S. 556.

177. Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum nouatio fit, si quid in posteriore stipulatione noui sit: forte si condicio uel sponsor
ut dies [1])
adiciatur aut trahatur [2]). **178.** Sed quod [3]) de sponsore dixi [4]) non constat.

Nam diuersae scholae [5]) auctoribus [6]) placuit [7]): nihil ad nouationem proficere sponsoris adiectionem aut detractionem [8]). **179.** Quod autem diximus, si condicio adiciatur, nouationem fieri, sic intellegi [9]) oportet [10]): ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit; alioquin si defuerit, durat prior obligatio. Sed uideamus, num is qui eo nomine agat doli mali aut pacti conuenti exceptione possit summoueri, quia [11]) uidetur [12]) inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris || stipulationis extiterit condicio. Seruius tamen Sulpicius existimauit statim et pendente condicione nouationem fieri, et si defuerit condicio, ex neutra causa agi posse, HS. S. 175

---

1) aut dies kommt so nachgehinkt und wird wohl erst später eingeschoben sein. In der folgenden Erörterung wird es nicht berücksichtigt. I. I. III, 29 § 3 haben wir folgende Reihenfolge: condicio aut dies aut fideiussor.

2) Für detrahatur, wie II, 50 positam für depositam. Simplex statt Kompositum.

3) So Goeschen. HS. quae.

4) Kr. Huschke diximus.

5) HS. scolae.

6) Gajanisch: siehe zu III, 168.

7) Gajanisch: siehe zu III, 168.

8) So Lachmann. HS. detractationem. Silbe zuviel.

9) Gajanisch: siehe zu III, 166.

10) So I. I. III, 29 § 3. Demgemäß Studemund: ō = oportet für c̄· der HS.

11) Gajanisch: siehe zu III, 161.

12) Gajanisch: siehe zu III, 170.

eo modo rem perire [1]).

Qui consequenter et illud respondit: si quis id quod sibi [2]) L. Titius deberet, a seruo fuerit stipulatus, nouationem [3]) fieri et rem perire, quia cum seruo agi non possit.

In utroque casu alio iure utimur: nec magis his casibus nouatio fit, quam si id quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsio conmunio [4]) non est, 'spondes' uerbo stipulatus sim [5]).

180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit [6]) actum: nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur [7]), incipiat [8]) autem teneri reus litis [9]) contestatione; sed si [10]) condemnatus sit, sublata litis contestationis causa [11]) incipit ex causa iudicati teneri.

---

1) Die lose angefügten Worte werden spätere Zutat sein, nachgebildet dem folgenden rem perire.

2) Statt ei, wohl Gajanisch: siehe zu III, 119b.

3) So Goeschen, HS. nouationum, das wohl auf falscher Auflösung beruht.

4) Siehe zu III, 167.

5) Der lose angefügte Satz wird späteren Ursprungs sein. Verdächtig in utroque casu: siehe zu I, 139. Sodann fällt auf sponsio conmunio 'die Sponsio als Gemeinschaft': appositives Verhältnis statt des Genitivs. Vgl. Bonnet, Grég. de Tours S. 550 Anm. 6. Goeschen ändert in sponsionis, Savigny und Lachmann in sponsus. Beides wäre allerdings gutes Latein.

6) Kübler Z. R. G. Bd. 29 S. 177 regt die Frage an: ob fuerit Futurum exactum oder Konjunktiv Perfekti? Der alte Zeugenaufruf erfolgte vor den concepta uerba, insofern wäre dem Futurum exactum der Vorzug zu geben: wenn geklagt sein wird.

7) HS. dissoluit.

8) Goeschen incipit. Aber der Konjunktiv soll doch wohl ausdrücken, daß die Haftung eine bedingte: si condemnatus sit. Schon das bedingte Verhältnis genügt indes, um die Obligation aufzuheben.

9) HS. litib·, Vertauschung von b· und s. Vgl. zu I, 74.

10) So Goeschen. HS. s' = sed. Abkürzungszeichen statt i.

11) HS. sublata litis contestatione und so die bisherigen Herausgeber. Aber ein Zeugenaufruf, der einmal stattfand, kann doch nicht wieder aufgehoben werden. Ich möchte daher das e am Ende durch c̄ ersetzen: litis contestation c̄ = litis contestationis causa.

Et hoc quoque[1]) apud ueteres scriptum[2]) est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, pos[3]) litem contestatam condemnari oportere, pos condemnationem iudicatum facere oportere.

181. Unde[4]) fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, posea[5]) de eo ipso iure agere non possim, quia[6]) inutiliter intendo[7]) 'dari mihi oportere', quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti iudicio[8]) egerim: tunc enim nihilo minus obligatio durat

et ideo ipso iure postea agere possumus[9]),

---

1) HS. q, das Goeschen in quod auflöst und dem er ein est vorgesetzt hat. Ihm folgen die bisherigen Herausgeber. Mir liegt näher eine Verdoppelung des Buchstabens: qq = quoque. Bisweilen hat freilich que auch die Bedeutung von quoque. Dann würde ein q = que genügen. Kühner-Stegmann II, 2 S. 15 führt in dieser Beziehung hodieque vor. Im übrigen dürfte aber dieser Sprachgebrauch nur sehr vereinzelt sein. Vgl. für hodieque Paul. fr. 1 § 1 de contr. empt. 18, 1.

2) HS. s̄c. tum, das man an sich auch für senatusconsultum nehmen könnte; aber ein scribere bei den ueteres finden wir auch III, 196. 202.

3) Siehe zu III, 176.

4) Gajanisch: siehe zu III, 168.

5) Statt postea: siehe zu III, 180.

6) Gajanisch: siehe zu III, 179.

7) So Goeschen, HS. indo. Aehnlich III, 176 indum für interdum.

8) Dieses iudicium imperio continens nennt Mommsen, Ges. Schr. Bd. 2 S. 33 Anm. 18 einen Solözismus, der zugleich ein Gräzismus sei. Demgegenüber behauptet Kalb, Wegweiser S. 126 flg.: man könne in der Verbindung iudicia quae imperio continentur das continentur als ein mediales Passiv betrachten (= 'in sich zusammenhängen'). Dann wäre continens 'zusammenhängend' und wäre iudicium imperio continens 'ein mit dem imperium zusammenhängendes iudicium'.

9) Der Satz ist wohl später nachgetragen. Goeschen ändert in possum.

sed debeo per[1]) exceptionem[2]) rei iudicatae uel in iudicium deductae summoueri. Quae autem legitima || iudicia et quae ⟨imperio continentia dicuntur HS. S. 1 quia ualent⟩ imperio continente[3]) sequenti commentario[4]) referemus[5]).

182. Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascu⟨n⟩[6])tur: ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. Quarum omnium rerum uno genere constitit[7]) obligatio, cum ex contractu obligationes in[8]) IIII genera diducantur[9]), sicut supra[10]) exposuimus.

183. Furtorum autem genera Seruius Sulpicius et Masurius Sabinus[11]) IIII esse dixerunt: manifestum et nec

---

1) So Goeschen; HS. p̄ = prae oder potest, statt p.

2) So Goeschen, HS. excon. Dieses excon hält Paul Krüger Mélanges Girard Bd. 2 S. 38 für eine falsche Auflösung von exc. Man könnte aber auch an folgende Auflösung denken: exc = excepti und on = onem.

3) Goeschen hat contineant gelesen, aber Studemund erklärt continente für viel wahrscheinlicher. Mommsen ändert continentia und läßt sint folgen. Huschke[4] erweiterte contineant zu contineantur und schob sint nach legitima ein; Huschke S. K.: legitima sint . . continentia. Dubois begnügt sich mit der Aenderung continentia. Will man am continente festhalten, so muß man eine größere Lücke annehmen, die so, wie ich versucht, oder in ähnlicher Weise auszufüllen wäre.

4) Gajanisch: siehe zu III, 81 und vgl. IV, 103 flg.

5) HS. repetemus, aber statt p mögliches f, und t als blassen Buchstaben. Bei repetemus müßten wir annehmen, daß Gajus hier schon näher auf die beiderlei iudicia einging, was später ausgefallen wäre.

6) So Kr., HS. blasses u am Ende einer Zeile statt ū = un. Goeschen las oriuntur.

7) Goeschen statt dessen consistit. Ihm folgen die bisherigen Herausgeber. Siehe darüber Erkl. 67.

8) So Goeschen, HS. im.

9) So Kr., HS. deducantur.

10) Nämlich III, 89.

11) Die einzige Stelle, wo wir der volleren Bezeichnung Masurius

manifestum, conceptum et oblatum [1]; Labeo duo,
manifestum nec manifestum [2]:
nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum.
Quod sane uerius [3] uidetur [4], sicut inferius [5] apparebit.

184. Manifestum furtum [6] quidam id esse dixerunt, quod dum [7] fit deprehenditur. Ali uero ulterius, quod eo loco deprehenditur [8], ubi fit: ueluti si in (ip)so oliueto [9] oliuarum, in uineto uuarum furtum factum est, quamdiu in eo oliueto aut uineto fur erit [10]
aut sit [11];
aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit [12].
Alii adhuc ulterius eo us(qu)e (fa)ctum [13] mani-

Sabinus begegnen, die Gajus wohl schon vorgefunden haben wird; er selbst begnügt sich mit einem einfachen Sabinus: siehe zu III, 161.

1) So Goeschen, HS. obligatum.

2) Kr. schiebt mit I. I. IV, 1 § 3 vor nec manifestum ein et ein. Das nachlässige Latein geht wohl auf einen Nachgajaner zurück. Entbehrt werden kann die Reihe.

3) Wohl Gajanisch. Wir sind dem uerius schon begegnet III, 64 a.

4) Gajanisch: siehe zu III, 179.

5) Gajanisch: siehe zu II, 197.

6) So Goeschen, HS. Metum fructum: falsche Auflösung von mff; siehe Studemund pag. 278.

7) So Goeschen, HS. quodum.

8) HS. deprehendit.

9) HS. solibeto. Die bisherigen Herausgeber begnügen sich mit einfachem oliueto. Ich setze solibeto = so oliueto, und habe das so gewonnene so zu ipso erweitert.

10) HS. fuerit. Ausfall des einen r: siehe zu I, 185.

11) Das aut sit ist wohl spätere Einschiebung, entnommen dem folgenden Satze. Hollweg fur sit statt das fueritasit der HS.

12) Dies weitere Beispiel ist wohl nachgetragen, wenn es Gajus auch schon vorgefunden haben mag.

13) Vom eo usque war vor Studemann nichts zu lesen. Lachmann hatte es indes bereits auf Grund gajanischen Sprach-

festum furtum esse dixerunt, donec[1]) perferret eo, quo perferre fur destinasset. Alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens uisus fuerit: quae sententia non optinuit. Sed et illorum sententia, qui existimauerunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo[2]) non uidetur[3]) probari,

quod[4]) magnam recipit[5]) dubitationem: utrum || unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit; quod eo pertinet. HS. S. 17

gebrauches ergänzt, ließ aber gleich darauf manifestum furtum folgen. Ihm schließt sich an Kr., obwohl er nicht verkennt, daß factum manifestum furtum der HS. besser entsprechen würde.

1) eo usque . . donec in der Bedeutung ‘so lange als’ ist Gajanischer Sprachgebrauch: siehe zu III, 151. Diese Bedeutung haben wir auch hier anzunehmen, wie Kalb R. J. S. 76 schon richtig bemerkt hat, indem er auf das vorher im gleichen Sinne gebrauchte quamdiu hinweist. Es ist demnach so zu übersetzen: andere sagten, es wäre noch weiter so lange ein manifestum furtum begangen, als der Dieb die Sache zum Bestimmungsort hintrug, d. h. als er noch unterwegs war. V. I. R. II, 384 ist freilich diese Stelle mit donec der Bedeutung von quoad ‘so lange bis’ eingereiht worden. Das kommt dem Sinne nach in diesem Falle ungefähr auf dasselbe hinaus, weil wir es hier mit der Vergangenheit zu tun haben. Es handelt sich nur darum, welchen Standpunkt man einnimmt. Anders liegt die Sache z. B. bei Paul. fr. 52 D. de man. test. 40, 4; vgl. zu dieser Stelle Kalb, Wegweiser S. 109. 110. Für die Bedeutung ‘so lange bis’ wird V. I. R. aus Gajus sonst noch angeführt: fr. 27 pr. de nox. act. 9, 4 und II, 213. Die letztere Stelle halte ich freilich für nachgajanisch. Jedenfalls käme Gajus für diesen Sprachgebrauch nicht allein in Betracht, sondern müßte ihn nach V. I. R. teilen mit Julian, Pomponius und Marcian.

2) Gajanisch: siehe zu III, 20.

3) Gajanisch: siehe zu III, 183.

4) Das q der HS. ist wohl eher in quod als mit Kr. in quia aufzulösen. Letzteres wäre freilich Gajanischer. Andererseits haben wir quo = quod nach ideo schon III, 136 bei einem Nachgajaner angetroffen. Im Sinne des Nachgajaners könnte man quod auch in der Bedeutung von ‘was’ nehmen.

5) Polenaar recepit.

quia[1]) saepe in aliis ciuitatibus surreptae res sunt[2]).

In alias ciuitates uel in alias prouincias[3]) destinant fures perferre[4]).

Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur[5]), magis tamen plerique posteriorem probant. **185.** Nec[6]) manifestum furtum quod[7]) sit, ex is quae diximus intellegitur[8]): nam quod[9]) manifestum non est, id nec manifestum est.

186. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiua[10]) res quaesita[11]) et inuenta est[12]): nam in eum propria actio constituta est, quamuis fur non sit, quae appellatur concepti.

187. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiua tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit: uel[13])⟨uti quae data tibi fuerit.⟩

---

1) Gajanisch: siehe zu III, 181.

2) HS. surrepte ress; Goeschen surreptas res.

3) So Goeschen, HS. pū cias = peruincias.

4) So Goeschen, HS. praeferre. Der lose angereihte Satz wird später hinzugefügt sein.

5) So Goeschen, HS. adprobat.

6) So Goeschen, HS. ni, vermutlich hervorgegangen aus n'.

7) In den entsprechenden Stellen Gai. ad ed. prou. fr. 8 de furt. 47, 2 und I. I. IV, 1 § 3 a. E. heißt es quid, und dementsprechend ändern Kr., Huschke S. K. u. a. Das quod fragt nach der Beschaffenheit: wie unterscheidet sich ein Gegenstand von den übrigen derselben Gattung? Also wird es mit Goeschen, Huschke⁴ u. a. zu halten sein.

8) Gajanisch: siehe zu III, 179.

9) So Goeschen, HS. q̄· = quae oder que statt q,.

10) So Goeschen, HS. furtibusa. Unter Einwirkung der voraufgehenden beiden -ibus entstand furtibus. Bei der Berichtigung durch angehängtes a wurde vergessen die überflüssigen Buchstaben zu tilgen.

11) So Goeschen, HS. qua | sita.

12) I. I. IV, 1 § 4 sit.

13) I. I. IV, 1 § 4 lassen dieses uel fort, und ebenso verfahren

Utique[1]) si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta est, propria aduersus eum qui optulit, quamuis fur non sit, constituta est actio. Appellatur[2]) oblati[3]). **188.** Est et prohibiti furti[4]) adversus eum, qui furtum quaerere uolentem prohibuerit.

189. Poena manifesti furti ex legei[5]) XII tabularum capitalis erat: nam liber uerberatus addicebatur ei cui furtum fecerat.

Utrum autem seruus efficeretur ex addictione an ad⟨dictione⟩ iudicati[6]) loco constitueretur, ueteres quaerebant[7]).

In eum autem qui ⟨seruus erat⟩[8]) uerberatum a⟨crius uindicabatur[9]). Sed⟩[10]) postea inprobata est asperitas

---

die bisherigen Herausgeber. Meines Erachtens ist hinter uel eine Lücke anzunehmen.

1) Gajanisch: siehe zu III, 161.

2) Die lose Anreihung wird nachgajanisch sein. I. I. IV, 1 § 4 setzen ein quae vor, und darnach haben sich die bisherigen Herausgeber gerichtet.

3) So Goeschen, HS. obliti.

4) I. I. IV, 1 § 4 etiam prohibiti furti actio und so die meisten bisherigen Herausgeber.

5) Alter Ablativ auf ei, vgl. III, 167 aerei.

6) HS. ad iudicati. Schon Huschke S. K. fragt: num iudicati? In der Tat kommt adiudicare nach V. I. R. I, 223 außer unserer Stelle bei Personen nur noch vor Paul. sent. 2, 21 A § 17, und dort handelt es sich um eine zur Sklavin Gewordene. Man braucht vielleicht gar nicht einmal am Ende der Zeile hinter ad eine Lücke anzunehmen, sondern kann von dem vorangehenden addictione das dictione zum folgenden ad mit hinübernehmen.

7) Gajanisch: siehe zu III, 168.

8) So schon Huschke[4]. Das seruus erat vor uerberatum konnte leicht ausfallen, namentlich wenn man es sich serberat geschrieben denkt.

9) Vgl. Paul. sent. 5, 4 § 16: in eos . . uindicatur: eo acrius. Zur Sache bemerkt Gell. n. a. 11, 18 § 8: seruos item furti prensos uerberibus adfici et e saxo praecipitari.

10) Huschke S. K. und Kr.: in seruum aeque uerberatum animaduertebatur. Sed. Andere Heilungsversuche bei Dubois.

poenae et tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.

190. Nec manifesti furti poena per legem tabularum[1]) HS. S. 178 dupli inrogatur, eamque etiam praetor conseruat. **191.** Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli esset, qua[2]) similiter a praetore seruatur. **192.** Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris in u⟨sum in⟩[3])troducta. Lex autem eo nomine nullam poenam constituit: hoc solum praecepit[4]), ut qui quaerere uelit, nudus quaerat licio[5]) cinctus[6]) lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse[7]).

193. Quid sit autem licium[8]), quaesitum est[9]). Sed uerius[10]) ⟨sequendam esse puto⟩ sententiam eam[11]): consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentnr[12]).

193 a. Quae res, lex tota[13]), ridicula est. Nam qui uestitum

---

1) Goeschen: XII tabularum.

2) HS. ēē qua. Lachmann est eaque.. Mir ist wahrscheinlicher Ausfall eines Schluß-t hinter ēē = esse. Vgl. schon II, 217 (109, 19) ēē statt esset.

3) Goeschen streicht das u, mir ist eine Lücke wahrscheinlicher.

4) Lachmann praecipit.

5) So van der Hoeven Z. R. G. Bd. 7 S. 258; HS. linteo. Vgl. Festus Th. 83 Lance et licio.

6) HS. ṡcinctus: also scinctus verbessert in cinctus.

7) So Goeschen, HS. eet = esset.

8) So van der Hoeven, HS. linteum.

9) Gajanisch: siehe zu III, 189.

10) Gajanisch: siehe zu III, 183.

11) HS. seam = sententi eam = sententiameam. Diese Auflösung setzt eine Lücke voraus, die ich annehme zwischen uerius und sententiam. Studemund S. 300 Zle 8 v. u.: seam 178, 8 falso pro 'est'. Andere Heilungsversuche siehe bei Dubois.

12) So Goeschen, HS. tegerent.

13) Polenaar beseitigt lex tota, Huschke S. K. res. An einem von beiden hätten wir jedenfalls genug gehabt. Im Spätlatein ist der Pleonasmus sehr zu Hause: vgl. Bonnet, Grég. de Tours S. 714. So kommt vielleicht auch dieser auf Rechnung eines Nachgajaners.

quaerere prohibet[1]), is et nudum quaerere prohibitu(ru)s[2]) est: eo magis quod ita quaesita re, si inuenta[3]), maiori poenae subiciatur; deinde quod — lancem siue ideo haberi iubeat[4]), ut manibus occupatis[5]) nihil subiciat; siue ideo, ut quod inuenerit[6]) ibi imponat — neutrum eorum procedit, si id quod (quae)ratur[7]) eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi inponi[8]) possit.

Certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri.

194. Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet[9]), sunt qui scribant furtum manifestum fieri[10]) aut lege aut natura: lege id ipsum, de quo loquimur, natura illud, de quo superius[11]) exposuimus. Sed uerius[12]) est natura tantum manifestum furtum intellegi[13]): neque[14])

---

1) So Goeschen, HS. perhibet.

2) So Goeschen nach Sander.

3) HS. res inuenta = re si inuenta. Ellipse von est; van der Hoeven re inuenta, Huschke re et inuenta.

4) Zu iubeat ist die voraufgehende lex als Subjekt zu nehmen, die also nicht gestrichen werden darf.

5) So van der Hoeven, HS. occupantis.

6) So Goeschen, HS. inueneri.

7) So Goeschen, HS. q·ratur statt qq·ratur.

8) So Goeschen, HS. ibinponi.

9) Nach einer kurzen Bemerkung zum licium und zur lanx wendet sich Gajus jetzt zum iubet id lex seiner Vorlage.

10) HS. furtum mf, vielleicht ist dieses mf in manifestum fieri aufzulösen. Huschke schiebt intellegi hinter lege ein, Polenaar esse.

11) Gajanisch: siehe zu I, 197. Hingewiesen wird vor allen Dingen auf III, 184.

12) Gajanisch: siehe zu III, 193.

13) Gajanisch: siehe zu III, 185.

14) Dieses neque ist nach Kalb R. J. S. 81 eine Ausnahme von dem Sprachgebrauch, den Gajus sonst befolgt. Wir haben wohl eine Art von Anakoluthon anzunehmen: statt folgen zu lassen neque ut qui omnino fur non sit, fur sit, setzt Gajus vielmehr ein mit non magis quam usw.

enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit[1]), manifestus sit; non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit; et qui adulter aut homicida[2]) non sit, adulter uel || homicida sit. At illud sane HS. S. 179 lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur[3]), atque[4]) si furtum uel adulterium uel homicidium[5]) admisisset[6]), quamuis nihil eorum admiserit.

195. Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa[7]) rem alienam amouet[8]) et ⟨tollit, sed⟩[9]) generaliter cum qui[10]) rem alienam inuito domino contrectat. **196.** Itaque si quis rem[11]), quae apud eam deposita sit, utatur,

---

1) So Goeschen, HS. si. Ausfall eines Schluß-t, man könnte auch von dem folgenden sit das t hinübernehmen.

2) Homicida, homicidium sind noch junge Begriffe: siehe Brunnenmeister, Tödtungsverbrechen S. 228. Das Wort homicida findet sich zweimal bei Cicero, nämlich Phil. 2, 12 § 30. 13 § 31; ferner in einem Reskripte von Hadrian bei Marcianus fr. 1 § 3 ad leg. Corn. de sic. 48, 8 = Ulp. Coll. 1, 6 §§ 2. 4. Bei den klassischen Rechtsgelehrten ist das Wort noch selten: siehe schon Mommsen, R. Strafrt. S. 613 Anm. 2. Gajus ist der erste, der sich desselben bedient. Außerdem findet es sich noch bei Papinian und Paulus: V. I. R. III, 251.

3) So Goeschen, HS. teneat.

4) So Goeschen, HS. atqua.

5) Mit diesem Worte verhält es sich ähnlich wie mit homicida, nur daß es schon auf Pomponius zurückgeht: V. I. R. III, 251.

6) So Goeschen, HS. admisset.

7) So Goeschen mit I. I. IV, 1 § 6, HS. causam.

8) So Goeschen mit I. I., HS. admouet = ammouet statt amouet. Vgl. Grom. uet. La. 13, 17; 25, 8. Thulin 61, 31; 69, 24: quem ammodum; Rönsch Itala² p. 462; Gai II, 157 quodadmodo.

9) So ist vielleicht zu ergänzen in Anlehnung an epit. II, 11 § 3. Goeschen mit I. I. amouet; set.

10) Kr. und Huschke mit I. I. quis. Goeschen hat das altertümliche qui der HS. meines Erachtens mit Recht beibehalten. Vgl. schon oben zu III, 127, ferner z. B. Cic. pro Sex. Roscio 38, 111 si qui rem mandatam und weitere Beispiele bei Ramshorn, Lat. Gram. S. 570 Anm. 1.

11) Goeschen ändert in re. Allein uti mit dem Akkusativ ist

furtum committit. Et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur: ueluti si quis argentum utendum acceperit,

quasi amicos ad cenam[1]) inuitaturus[2]) rogauerit[3]);

et id peregre secum tulerit; aut si quis equum[4]) gestandi gratia commodatum longius ⟨quam in quem locum petierat uel aliter fuerit usus⟩[5]), cum aliquo duxerit[6]), quod ueteres scripserunt de eo, qui in aciem[7]) perduxisset.

---

einmal die ältere Konstruktion, die uns auch entgegentritt in der Gerundivverbindung utendam rem accipere; ferner wird uti im nachklassischen und spätern Latein transitiv gebraucht: Schmalz, Lat. Synt.[3] S. 230. 251 Anm. 2; Synt.[4] S. 354. 382 Anm. 3.

1) So Goeschen, HS. cendam. Ob = cennam statt cenam, wie umgekehrt secunnus statt secundus? Siehe Seelmann S. 312. Bei Festus Th. unter Pesnis S. 244 ist die Form caesnas überliefert. In etymologischer Beziehung ist cena ein schwieriges Wort: siehe Stolz, Hist. Gr. Bd. 1 S. 123. 299. 325; Walde[2] S. 158. Edwin W. Fay Arch. Bd. 13 S. 437 möchte cena herleiten von Ceresna, Cersna = Fest der Ceres. Sommer[2] S. 260: cena aus vermutetem quertsnā, zu altindisch Wurzel kart 'schneiden'; eigentlich also 'abgeschnittene Portion'.

2) So Goeschen, HS. inutaturus.

3) Kr. und Huschke S. K. streichen mit I. I. rogauerit. Vielleicht ist der ganze quasi-Satz nachgetragen; jedenfalls könnte man ihn entbehren.

4) HS. aecum.

5) Meines Erachtens ist hier eine größere Lücke anzunehmen: denn longius 'weiter' und aliquo 'irgendwohin' weisen auf zwei verschiedene Fälle hin, die auch bei Gell. n. a. 6, 15 § 1 auseinandergehalten werden: qui iumentum aliorsum duxerat . . qui longius. Sonstige Versuche zur Heilung stellt zusammen Dubois.

6) Das zweite Beispiel ist wohl erst später nachgetragen, wenn es Gajus auch schon vorgefunden haben mag. Hier heißt es commodatum, vorher utendam rem, argentum utendum acceperit. Das Beispiel als solches ist alt, es geht nach Gellius schon auf Brutus zurück; bei Gellius ist aber ebenfalls von einem utendum acceperat die Rede.

7) Auf Grund von Val. Max. 8, 2 § 4 meint Polenaar, daß aciem aus Ariciam hervorgegangen sei, und Huschke[4] hat in Anlehnung an Polenaar als Ariciam statt in aciem als Text

197. Placuit[1]) tamen eos, qui ⟨re⟩bus[2]) commodatis aliter uterentur, quam utendas[3]) accepissent, ita furtum committere, si intellegant[4]) id se inuito domino facere eumque, si intellexisset[5]), non permissurum: ut[6]), si permissurum credent[7]), extra furti crimen uideri[8]).

Optima sane distinctio est[9]), quod furtum sine dolo malo non committitur.

198. Sed et si credat[10]) aliquis inuito domino se rem contrectare[11]), domino autem uolente id fiat, dicitur furtum non fieri[12]).

198a. Unde illud quaesitum et probatum[13]) est, cum Titius

angenommen. Mit Recht sind aber S. K. zum in aciem zurückgekehrt. Die Vermutung von Polenaar scheitert schon daran, daß in Ariciam in dem Zusammenhang, in den es bei Val. Max. gestellt, ein Beispiel für longius, nicht aber für aliquo bzw. aliorsum abgegeben hätte; in aciem dagegen ist als ein Ziel vorgestellt, an das der Verleiher gewiß nicht gedacht hatte.

1) Gajanisch: siehe zu III, 178.

2) So Goeschen mit I. I. IV, 1 § 7, HS. quibus.

3) So Goeschen mit I. I., HS. uttendas.

4) So Goeschen, HS. suntelegant: u statt ii, l statt ll.

5) So Goeschen, HS. intellexissent.

6) Das konsukutive ut mit dem Infinitiv uideri Gajanisch: siehe zu III, 160. Goeschen et; Böcking set oder at; I. I. ac.

7) So HS., Kr. und Huschke S. K. mit I. I. credant. Gajanisch: siehe zu III, 97.

8) Gajanisch: siehe zu III, 184.

9) Goeschen mit I. I. distinctione, das wohl als eine stilistische Verbesserung zu betrachten. Ich schließe aus der losen Anreihung dieses Satzes auf nachgajanischen Ursprung. Auch erinnert die optima distinctio an das bene bzw. bene dixit der Turiner Glosse; vgl. n. 3. 17. 53a. 54. 272. 294. 314. 412. 440. 467.

10) Gajanisch: siehe zu III, 197.

11) So Goeschen mit I. I. IV, 1 § 8. HS. trectare wie III, 89 trahitur für contrahitur.

12) Anderer Ansicht Pomponius bei Ulp. fr. 46 § 8 de furtis 47, 2.

13) Das et probatum hat Goeschen gestrichen, weil es I. I. fehlt. Da es sich hier indes um eine Ansicht handelt, die von Justinian

seruum[1]) meum sollicitaret[2]) ut quasdam res mihi subriperet et ad eum[3]) perferret[4]). || Id ad me pertulit[5]). Ego dum uolo HS. S. Titium in ipso delicto deprehendere, permi⟨si⟩[6]) seruo[7]) quasdam res ad eum perferre. Quaesitum est[8]): utrum[9]) furti an serui corrupti iudicio[10]) teneatur Titius mihi an neutro. Responsum[11]) neutro eum teneri: furti ideo quod non inuito me res contrectaret[12]), serui corrupti ideo quod deterior seruus factus non est.

199. Interdum autem et[13]) liberorum hominum furtum fit: ueluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt,

---

nicht gebilligt wurde, so konnten diese Worte in Justinians Institutionen nicht beibehalten werden und dürften hier absichtlich fortgelassen sein. Allerdings ist die Veroneser HS. an dieser Stelle recht fehlerhaft, während bei I. I. eine bessere oder vielleicht verbesserte HS. benutzt zu sein scheint. Schon Huschke, Gajus S. 102 hat et probatum mit Recht gehalten, während es bei Huschke S. K. wieder beseitigt worden.

1) Die HS. bringt hier die ungewöhnliche Abkürzung s̄r.

2) HS. colligitaret, I. I. sollicitauerit.

3) Statt se. Nach Kübler bei Mommsen, Ges. Schr. Bd. 2 S. 34 ein Gräzismus. In c. 20 pr. de furtis 6, 2 vom Jahre 530 heißt es ad se deducere.

4) So I. I., HS. perferet.

5) Das hinterbrachte er mir, nämlich der Sklave. Lockere Verbindung. I. I. heißt es: et seruus id ad Maeuium pertulerit.

6) I. I. permisit.

7) serumuo. Das uo sollte das um berichtigen, das aber nicht getilgt worden: siehe Studemund S. 302 Zle 3 v. u. Goeschen permiserim seruo.

8) HS. q̄e, das schon Huschke, Gajus S. 103 in quaesitum est aufgelöst hat. Freilich eine ungewöhnliche Abkürzung. I. I. ist sie fortgeblieben, und so verfahren die meisten Herausgeber.

9) HS. umtrum. Das überflüssige m zwischen u und t hätte getilgt werden müssen.

10) So I. I. Dagegen HS. oiudicium. Das o hat wohl das um berichtigen sollen, ist dann aber in den Text geraten.

11) Ellipse von est. 12) Lachmann contrectarit.

13) Goeschen mit I. I. IV, 1 § 9 etiam.

siue etiam uxor, quae in manu nostra sit[1]).

siue etiam iudicatus uel auctoratus meus ⟨subtractus⟩ subreptusque erit[2]).

200. Aliquando etiam suae[3]) rei quisque furtum committit: ueluti si debitor rem, quam[4]) creditori[5]) pignori dedit, subtraxerit; uel ego[6]) bona fide[7]) possessori rem meam possidenti subripuerim.

200 a. Unde[8]) placuit[9]) eum, qui seruum tum[10]) suum, quem alius bona fide possidebat, ad se reuersum celauerit, furtum committere. **201.** Rursus ex diuerso[11]) interdum[12]) alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur[13]) furtum fieri: ueluti res hereditarias, quarum heres non est

1) Der Wechsel im Modus — erst sunt, jetzt sit — macht mir den Satz verdächtig. Kr. und Huschke sint statt sunt.

2) HS. queri = que eri = que erit. Das que erfordert Einschiebung eines dem subreptus verwandten Ausdruckes, also etwa subtractus. Goeschen mit I. I. IV, 1 § 9 subreptus fuerit.

3) So Goeschen, HS. sae.

4) So Goeschen mit I. I. IV, 1 § 10; HS. q̄ = quae.

5) So Goeschen mit I. I., HS. creditor, zu dem vom folgenden pignori das Schluß-i mithinüberzunehmen sein wird.

6) HS. blasses et, vielleicht auch ci, Goeschen si. Allein nach Studemund kann der erstere Buchstabe kein s sein. Also ist vielleicht anzunehmen eo = ego.

7) HS. b. f. = bona fide: siehe zu II, 78. Goeschen bonae fidei.

8) Gajanisch: siehe zu III, 181.

9) Gajanisch: siehe zu III, 197.

10) HS. serdum, Goeschen seruum. Dann müßte man annehmen, daß u oder b mit d vertauscht seien. Das findet sich aber sonst nicht in der Veroneser HS. Mir liegt näher, ser aufzulösen in seruum und dum durch tum zu ersetzen. Ein d statt t treffen wir auch sonst an: z. B. II, 123 hereditadem statt hereditatem. Ferner paßt tum ganz gut in den Zusammenhang: damals war die Sache noch sein Eigentum, weil die Ersitzung noch nicht vollendet.

11) Gajanisch: siehe zu III, 126.

12) So Goeschen, HS. inēdum = inestdum, verschrieben für intdum = interdum.

13) Gajanisch: siehe zu III, 198.

nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante[1]) placuit[2]) nihil pro herede usucapi posse. Item[3]) debitor rem, quam fiduciae causa creditori mancipauerit aut in iure cesserit, secundum[4]) ea, quae in superiore commentario[5]) rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

202. Interdum furti tenetur, cum[6]) ipse furtum non fecerit, qualis || est cuius ope consilio furtum factum est: in quo HS. S.
numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius surriperet; uel opstitit tibi, ut alius surriperet; aut oues aut boues tuas fugauit, ut alius eas exciperet. Et hoc ueteres scripserunt de eo, qui eo[7]) panno rubro fugauit armentum.

202 a. Sed si quoduis[8]) per lasciuiam et non data opera, ut furtum committeretur[9]), factum sit, uidebimus: an[10]) utilis actio[11]) dari[12]) debeat, cum per legem Aquiliam[13]), quae de damno lata, etiam culpa puniatur[14]).

---

1) So Goeschen, HS. extate.

2) Gajanisch: siehe zu III, 200 a.

3) So Kr. und Huschke, HS. possit = posse it = posse item.

4) So Kr. und Huschke, HS. dum. Das Abkürzungszeichen für secun wird ausgefallen sein. Das ganze Wort secundum wird S. 190 Zle 4 = IV, 8 durch <· wiedergegeben.

5) Gajanisch: siehe zu III, 181. Zur Sache vgl. II, 60.

6) So HS., Goeschen mit I. I. IV, 1 § 11 qui.

7) Dies eo fehlt I. I. und Goeschen hat es ebenfalls fortgelassen. Es gibt aber einen ganz guten Sinn: er hat deshalb die Herde in die Flucht gejagt, damit ein anderer sie auffange.

8) HS. quis, das ich auflöse in quoduis. I. I. quid eorum, Goeschen quid.

9) So Goeschen. HS. commiteretur.

10) So Goeschen. HH. ā·, einer ähnlichen Abkürzung sind wir schon III, 172 bei einem Nachgajaner begegnet.

11) So Goeschen mit I. I., HS. atque, hervorgegangen aus ac = actio.

12) So Goeschen mit I. I., HS. deari.

13) So Goeschen, HS. Aliquiliam.

14) Der abgetrennte § 202 a scheint mir nachgajanischen Ur-

203. Furti autem actio (uel domino) uel[1]) ei conpetit, cuius i n t e r e s t[2]) rem saluam esse, licet dominus non sit.

Itaque nec domino aliter conpetit, quam si eum[3]) intersit[4]) rem non perire.

204. U n d e[5])

Constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse: a d e o quidem u t[6]), quamuis[7]) ipse dominus, id est ipse debitor[8]), eam rem subripuerit, nihilominus creditori conpetat actio furti[9]).

205. Item si fullo polienda[10]) curandaue aut sarci-

---

sprunges zu sein. Verdächtig ist schon lata ohne est, und ungewöhnlich die Abkürzung von an.

1) HS. ue, das G o e s c h e n fortgelassen hat. Meines Erachtens ist das ue als uel zu halten: Ausfall des l zwischen zwei Vokalen, siehe S e e l m a n n S. 327. Vorher wird uel domino ausgefallen sein.

2) Gajanisch: sie zu III, 161.

3) Bedenkliches Latein. G o e s c h e n mit I. I. IV, 1 § 13 eius. Zudem spricht für nachgajanischen Ursprung des Itaque-Satzes, daß er den Zusammenhang stört. Das folgende Unde schließt sich unmittelbar an das voraufgehende licet dominus non sit. Wegen der eigenartigen Konstruktion von interest mit dem Genitiv der Person verweise ich auf K ü h n e r - S t e g m a n n Bd. 2 Tl. 1 S. 400 Anm. 1. Darnach hätte man von refert auszugehen, und zwar nach S k u t s c h ursprünglich von res fert 'die Sache bringt es mit sich'.

4) HS. insit, G o e s c h e n mit I. I. intersit. Vertauschung von Abkürzungen.

5) Gajanisch: siehe zu III, 200a.

6) Gajanisch: siehe zu III, 176.

7) So G o e s c h e n, HS. que ū statt q̄u. = quamuis. Vertauschung von Abkürzungen.

8) S e c k e l und K ü b l e r streichen id est ipse debitor als Glossem. Aber so ganz überflüssig ist der Satz doch wohl nicht. Hätte der Schuldner als Nichteigentümer die Sache zum Pfande gegeben, so wäre der Eigentümer berechtigt gewesen, sie fortzunehmen. Siehe die Stellen bei M o m m s e n, Röm. Strafrt. S. 742 Anm. 3.

9) Gajus betrachtet hier einen Fall, der schon § 200 dem suae rei furtum untergeordnet wurde, vom Standpunkte des cuius interest.

10) So G o e s c h e n mit I. I. IV, 1 § 15, HS. pullienda.

nator sarcienda uestimenta mercede certa acceperit, ea qua[1]) furto amiserit, ipse furti habet actionem:
205 a. non[2]) dominus, quia domini nihil ⟨interest[3])⟩, id est iam[4]) non perisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi[5]) posset[6]); si modo is fullo aut sarcitor[7]) ⟨ob⟩ rem praestandae pecuniae[8]) sufficiat. Nam si[9]) soluendo non est, tunc quia ab eo dominus suum[10]) consequi non potest, ipsi furti actio conpetit: quia hoc casu ipsius interest rem saluam esse. Deque[11]) fullone ‖ aut sarcitore diximus. HS. S

206. Eadem transferemus et ad eum cui rem commodauimus: nam ut illi mercedem capiendo custo-

---

1) I. I. IV, 1 § 15 und Goeschen que. Sollte sich aber nicht qua 'insofern' halten lassen? Siehe zu III, 191.

2) Hier macht die HS. einen Absatz, was auf spätere Anfügung schließen läßt.

3) Goeschen mit I. I. IV, 1 § 15 interest statt des handschriftlichen id est. Mir ist der Ausfall eines īē = interest vor idē = id est wahrscheinlicher.

4) HS. ia oder ta, also vielleicht iā = iam; iam non 'eben nicht'. Goeschen ea, I. I. eam rem.

5) HS. sequi, I. I. persequi, Böcking consequi. Vgl. III, 122.

6) HS. posset, Goeschen possit. An der Abwechselung der Tempora, erst posset, dann sufficiat, braucht man bei einem Nachgajaner keinen Anstoß zu nehmen.

7) Goeschen sarcinator. Allein sarcitor findet sich auch sonst, z. B. C. I. L. V n. 4509. Die Form wird dem Nachgajaner ebenfalls geläufiger gewesen sein, da er sie gleich wiederholt.

8) HS. pic statt pec, siehe Seelmann S. 183, pec = pecuniae. Außerdem wäre vor rem ein ob einzuschieben. Goeschen ad rem praestandam; Kr. rei praestandae; Polenaar repraesentandae pecuniae.

9) Dieses Nam si veranschaulicht für nam den Uebergang aus der Bedeutung 'denn' in die Bedeutung 'aber'. Siehe Kalb, Wegweiser S. 121.

10) So Goeschen, HS. sim statt sum = suum.

11) Goeschen mit I. I. IV, 1 § 16 Quae de.

diam[1]) praestant, ita hi[2]) quoque utendo[3]) commodum percipiendo similiter necesse[4]) habent custodiam praestare. **207.** Sed is apud quem res deposita est custodiam non praestat[5]), tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo[6]) fecerit;

Qua de causa[7]) res ei subrepta fuerit, quae restituenda est, eius non omnino est[8]), depositi actione[9]) non tenetur[10]);

---

1) Hiernach wäre anzunehmen, daß vorher schon im § 205 beim fullo und sarcinator von einem custodiam praestare die Rede war. Es könnte etwa hinter actionem hinzugefügt gewesen sein: quia custodiae nomine ex locato tenetur. Ob dies beseitigt oder hier zufällig etwas ausgefallen ist? Daß Gajus die Haftung für custodia beim fullo und sarcinator schon kennt, beweist das seinem lib. 5 ad ed. prou. entnommene fr. 5 pr. nautae caup. 4, 9.

2) Ob man nötig hat, dieses hi in hic zu ändern oder mit I. I. durch is zu ersetzen? Hi bezieht sich auf den Kollektivbegriff is cui rem commodauimus und wird durch das voraufgehende illi veranlaßt sein.

3) l. I. qui commodum utendi percipit. Darnach ändern Kr., Huschke u. a. auch hier utendo in utendi. Polenaar streicht utendo. Meines Erachtens ist der überlieferte Text zu halten und zu übersetzen: indem sie Nutzen ziehen durch den Gebrauch, haben sie in gleicher Weise einzustehen für custodia.

4) So Goeschen, HS. necessese.

5) So Goeschen, HS. praestatum. Das um wird veranlaßt sein durch das folgende tantum.

6) I. I. IV, 1 § 17 dolo malo.

7) So Goeschen mit I. I., HS. $\bar{g}$ statt $\bar{c}$.

8) Goeschen mit I. I. nomine, HS. nonomninoe.

9) HS. e, wohl hervorgegangen aus einem ae, vielleicht Abkürzung von actione.

10) Der ausgerückte Satz wird vermutlich von einem Nachgajaner herrühren, der damit zum Ausdruck bringen wollte: daß ein Depositar und Nichteigentümer, der nicht für custodia hafte, auch für Diebstahl nicht einzustehen brauche. Wir können etwa übersetzen: weshalb (wenn) ihm eine Sache gestohlen gewesen sein wird, die herauszugeben ist, ihm nicht durchaus gehört, haftet er nicht mit der depositi actio. Dieser Gedanke ist dann I. I. in anderer Weise stilisiert, auch abgekürzt, und diese Fassung von den bisherigen Herausgebern bevorzugt worden.

nec ob id eius interest[1]) rem saluam esse. Furti itaque[2]) agere non potest et ea actio domino competit.

208. In summa sciendum est[3]) quaesitum[4]) esse: an impubes rem alienam ⟨am⟩ouendo[5]) furtum faciat. Plerisque placet, quia furtum ex adfectum[6]) consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus ⟨ia⟩m[7]) pubertati sit et ob id intellegat se delinquere.

209. Qui res alienas rapit tenetur et[8]) furti. Quis enim magis alienam rem inuito domino contrectat[9]) quam qui rapit[10])?

Itaque rectum[11]) est eum improbum furem esse.

---

1) Gajus arbeitet hier wieder mit seinem cuius interest: siehe zu III, 203.

2) Kr., Huschke u. a. haben itaque beanstandet und verwandeln das folgende et in sed. Schaltet man indessen den Satz Qua de causa . . tenetur aus, so stehen itaque und et durchaus an ihrem Platze.

3) Diese Wortverbindung weist hier wie anderswo auf einen Nachgajaner hin: siehe zu III, 162. Außerdem spricht dafür der Inhalt, der wohl passender schon anderswo hätte gebracht werden können.

4) So Goeschen mit I. I. IV, 1 § 18, HS. quasitum.

5) So Goeschen mit I. I., HS. alienouendo = alienamouendo statt alienam amouendo.

6) Goeschen adfectu, I. I. affectu, HS. adiectum. Wegen des Akkusativs neben ex vgl. Rönsch, Italia² S. 410.

7) Mit dieser Ergänzung wird das von Goeschen beseitigte m vielleicht zu halten sein.

8) Goeschen mit I. I. IV, 2 pr.: etiam.

9) So Goeschen, HS. tretat = trectat. Andere Beispiele, wo c zwischen Vokal und t schwindet oder wohl vielmehr sich assimiliert, sind autor, coator: siehe Seelmann S. 348; O. Hey Arch. für lat. Lex. Bd. 15 S. 467. Ferner Ausfall des Zeichens für con: siehe zu III, 89.

10) I. I. qui ui rapit. Dafür auch hier Böcking u. a. Aber so gut wie neben dem res alienas rapit, ist auch hier ui entbehrlich.

11) Goeschen mit I. I. recte dictum, das allerdings dem regel-

Sed propriam actionem[1]) eius lecti[2]) nomine[3]) praetor introduxit, quae appellatur ui bonorum raptorum. Et est intra annum quadrupli[4]) actio, post annum simpli. Quae actio utilis esset[5]), si quis unam[6]) rem licet minimam rapuerit.

210. Damni iniuriae actio[7]) constituitur[8]) per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est: si[9]) quis hominem alienum ‖ eamue quadrupedem[10]), qua[11]) pecudum[12]) numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit[13]), tantum domino dare damnetur. HS. S. 183

---

mäßigen Sprachgebrauche entspräche. Das rectum est geht wohl hier wie II, 248 das recto iure auf einen Nachgajaner zurück.

1) So Goeschen, HS. actione.

2) Goeschen delicti. Aber wie II, 50 positam für depositam steht und II, 154 cernere durch decernere erläutert wird, könnte nicht so auch lecti oder licti für delicti gesagt sein? Einem linquere in der Bedeutung von relinquere begegnen wir c. 1 C. Th. de em. seru. 9, 12 vom Jahre 319 und ebenso ist vielleicht uita Marci 7 § 6 lictum als relictum zu verstehen. In der ersteren Stelle ist c. 1 § 1 C. I. 9, 14 linquere durch relinquere ersetzt und in der zweiten hat Mommsen relictum für lictum vorgeschlagen.

3) So Goeschen, HS. nomen, wohl falsche Auflösung von nom.

4) So Goeschen, HS. quiadrupli.

5) HS. ē set = esset, Goeschen est etsi. Ob eine Aenderung nötig?

6) So Goeschen mit I. I., HS. unnam.

7) Diese Bezeichnung der Klage findet sich auch sonst: V. I. R. II, 15. Kalb, Wegweiser S. 14flg. nimmt seinen Ausgang von actio damni iniuria dati, abgekürzt actio damni iniuria. Als man sich an dem Ablativ stieß, machte man daraus actio damni iniuriae. Hier wäre dann wohl iniuriae als iniuriae causa zu nehmen. Bei Cic. pro Rosc. com. 11, 32 begegnen wir einem iudicium damni iniuria.

8) So Goeschen, HS. constituit.

9) Goeschen ut si mit I. I. IV, 3 pr.

10) Ich übersetze: 'bzw. einen solchen Vierfüßler' d. i. einen fremden. Kr. und Huschke alienamue quadrupedem mit I. I. und Gai. fr. 2 pr. ad leg. Aq. 9, 2.

11) 'insofern'. Goeschen mit I. I. quae. Nicht alle Vierfüßler wurden den pecudes zugezählt. Siehe Erkl. 88 unter 3.

12) So Goeschen, HS. recudum.

13) Ebenso I. I. und Gai. fr. 2 pr. D. 9, 2. Goeschen fuerit.

211. Is[1]) iniuria autem occidere intellegitur[2]), cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur[3]), reprehendi dicitur: itaque[4]) inpunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit[5]).

212. Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur, sed sane si[6]) seruo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium serui sit, id[7]) quoque aestimatur: ueluti si seruus meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus[8]) fuerit. Non enim tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. Item si ex gemellis uel ex comoedis uel ex symphoniacis[9]) unus occisus fuerit, non

---

1) Lachmann hat dieses Is gestrichen und auf I. I. § 2 verwiesen, wo dieses Wort fehlt. Es erklärt sich das Is wohl daraus, daß es ursprünglich einen späteren Zusatz einleitete. Vgl. Turiner Inst.glosse 144: Is qui usum fructum habet non uidetur esse possessor.

2) Gajanisch: siehe zu III, 194. Oder sollte der § 211 erst von einem Nachgajaner hinzugefügt sein?

3) So Goeschen, HS. dat.

4) HS. reph̄· dicitaque = repraehendicitaque, statt reprehendi dicit itaque, hervorgegangen aus reprehendi dicitur itaque. Goeschen indem er das c durch tur ersetzt: reprehenditur itaque.

5) Der im § 211 ausgesprochene Satz wird I. I. IV, 3 §§ 2—8 durch eine Reihe von Beispielen erläutert.

6) So Goeschen, HS. sanei. Diese Schreibung scheint zu sprechen für den Schwund des s zwischen zwei Vokalen. Dieser Ansicht z. B. Corssen in Kuhns Z. Bd. 10 S. 11; dagegen Stolz, Hist. Gramm. Bd. 1 S. 283.

7) So Huschke, HS. sid, hervorgegangen vielleicht aus sid id für sit id.

8) So Goeschen, HS. occisos.

9) HS. syponiacis. Wegen Ausfalls des m vor p siehe Seelmann S. 281. Die Wiedergabe des griechischen φ durch p ist altlateinische Schreibung, die sich neben dem neu eingeführten ph als die volkstümliche erhalten hat: siehe Stolz, Hist. Gramm. Bd. 1 S. 88.

solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius qui conputat[1]) (damnum totum, id quoque conputat), quod ceteri qui supersunt depretiati[2]) sunt.

Idem iuris est etiam, si ex pari mularum unam uel etiam ex quadrigis equorum unum occiderit[3]).

213. Cuius autem seruus occisus est, is liberum arbitrium habet uel capitali crimine reum facere eum qui occiderit, uel hac lege damnum persequi[4]). **214.** Quod autem ad istum[5]) (seruum adiectum) est in hac lege 'quanti in eo anno plurimi ea res fuerit', illud efficit, si clodum puta aut luscum seruum occiderit, qui in eo anno integer fuit[6]) (ut non quanti clodus aut luscus, sed quanti integer fuit)[7]) aestimatio fiat. Quo fit, ut quis[8]) plus interdum[9]) consequatur[10]), quam ei damnum || datum est. HS. S. 184

1) Goeschen streicht qui und schreibt conputatur. Kr. und Huschke ersetzen qui durch id quoque und schreiben ebenfalls conputatur, richten sich somit nach dem Texte von I. I. IV, 3 § 10. Meines Erachtens ist qui conputat zu halten, daneben aber eine Lücke anzunehmen. 2) So Goeschen, HS. depertiati.

3) Während bis dahin die passive Form gewählt war, begegnen wir hier dem Aktivum occiderit. Es fehlt aber das Subjekt, das sich aus dem Voraufgehenden nicht ergänzen läßt. So entsteht Verdacht, daß diese Beispiele später nachgetragen wurden. Sie finden sich auch bei Paul. ad ed. fr. 22 § 1 ad leg. Aq. 9, 2 und I. I. IV, 3 § 10.

4) Den § 213 mag Gajus schon vorgefunden haben. Es handelt sich aber um eine neuere Rechtsbildung, die jedenfalls dem Grundstocke fernzuhalten ist.

5) Goeschen ersetzt ad istum durch adiectum. Es ließe sich aber auch ad istum halten, wenn man daneben eine Ergänzung vornimmt.

6) Goeschen mit I. I. IV, 3 § 9 fuerit. Ebenso Kr. und Huschke.

7) So hat schon Huschke ergänzt, nur daß er fuerit statt fuit bringt. Andere Ergänzungen siehe bei Dubois.

8) So Goeschen. Die HS. hat fehlerhaftes quis̄ für quis. Vgl. I, 13 s̄it statt sit.

9) So Goeschen. HS. indum statt intdum = interdum.

10) So Goeschen. HS. sequatur, Ausfall des Zeichens für con: siehe zu III, 209.

215. Capite secundo ⟨ad⟩ [1]) adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti [2]) actio constituitur.

216. Qua [3]) et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum [4]) est. Sed id caueri non fuit necessarium, cum actio mandati [5]) ad eam rem suf-

---

1) Goeschen schiebt in ein; Pöschmann, Studien zu Gajus Heft 3 S. 14 ist für aduersus eingetreten. Vielleicht genügt ein ad: vgl. Ulp. fr. 1 an per alium 49, 9: de appellatione, quam Pollia ad eum fecit.

2) HS. ēe tati = ese tati statt esset tanti. So schon Goeschen, Huschke und Kr. est tanti.

3) So Goeschen, HS. quam.

4) So Goeschen, HS. m'ī statt mf = manifestum. Wir sind dem manifestum in der Bedeutung 'offenbar', insonderheit in der Verbindung manifestum est, bereits III, 56 und an anderen Orten begegnet, die sich alle auf Gajus zurückführen ließen. So wird denn auch das hier uns entgegentretende manifestum est dem Gajus zuzuschreiben sein. Ueber dieses manifestum im allgemeinen habe ich schon gehandelt: Der Rechtsgelehrte Gajus S. 61. Es findet sich erst bei den Rechtsgelehrten der Kaiserzeit: bei Javolen einmal, bei Julian in seinen digesta dreimal. Neben manifestum est findet sich bei Iul. fr. 3 de dote prael. 33, 4 auch manifestus est mit Infinitiv. Die letztere Konstruktion auf eine Interpolation zurückzuführen, hat doch wohl seine Bedenken: siehe Kalb, Juristenlatein S. 77; Kühner-Stegmann, Lat. Gr. Bd. 2 Teil 1 S. 686. Im übrigen sind bei Brissonius unter den Worten manifeste, manifesto, manifestus von den Pandektenjuristen vertreten: Afrikan mit 1 Stelle, Gajus mit 3, Venulejus mit 1, Marcellus mit 1, Scävola mit 4, Papinian mit 1, Callistratus mit 2, Paulus mit 9, Ulpian mit 8, Modestin mit 1. Bemerkenswert, daß manifestus in dieser Bedeutung häufig interpoliert worden. Hierher dürfte gehören: das manifeste bei Scaeuola fr. 88 § 11 leg. 2; fr. 19 pr. de ann. leg. 33, 1; fr. 243 de uerb. sign. 50, 16; Paul. fr. 16 de dote prael. 33, 4 sowie das manifestissime est bei Paul fr. 33 leg. 1; Ulp. fr. 22 § 2 sol. matr. 24, 3. Sämtliche Stellen sind schon aus andern Gründen verdächtigt worden: siehe Gradenwitz, Interpol. S. 190. 180. 189. 185. 12. 11. Auch manifestare ist ein bei den Pandektenjuristen noch seltenes Wort: siehe Kalb R. J. S. 105. Von den Stellen bei Brissonius kommen je eine auf Scävola, Marcian, Macer, 2 auf Paulus, 7 auf Ulpian.

5) So Goeschen, HS. manddati.

ficeret, nisi quod ea lege aduersus infitiantem in duplum agitur.

217. Capite tertio de omni cetero damno cauetur[1]). Itaque si quis seruum uel eam quadrupedem, quae pecudum numerod[2]) est, ⟨uulnerauerit, siue eam quadrupedem, quae pecudum numerod non est,⟩[3]) ueluti canem aut feram bestiam uel[4]) ursum leonem, uulnerauerit uel occiderit: ea[5]) hoc capite actio constituitur[6]). In ceteris quoque animalibus item in omnibus rebus, qua[7]) anima carent, damnum iniuria datum hac parte uindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum[8]), actio hoc capite constituitur[9]); quamquam[10]) potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere.

Ruptum ⟨enim intellegitur[11]) quod quoquo modo corruptum⟩[12]) est. Unde[13]) non solum usta aut

1) So Goeschen, HS. cauet.

2) Dieses numerod könnte dem Gesetze entlehnt sein: Rtsgel. Gajus S. 100. Siehe wegen dieser Ablativform Sommer, Lat. Laut- und Formenlehre[2] S. 344. Weitere Beispiele liefert S.C. de Bacch., Bruns-Gr.[7] n. 36 Zle 15. 16: oquoltod, poplicod, preiuatod. Vielleicht gehört hierher auch das eod. in III, 150, das ich oben S. 33 = eo damno gesetzt habe. Vgl. wegen eod Sommer[2] S. 418.

3) In ähnlicher Weise ergänzt auf Grund von I. I. IV, 3 § 13 schon Goeschen.

4) 'Zum Beispiel': siehe zu I, 92. Goeschen ändert in ueluti.

5) 'eine derartige Klage', nämlich eine Klage auf Schadensersatz: siehe zu III, 211. HS. ca oder ea. Die bisherigen Herausgeber schreiben entweder ex hoc oder mit I. I. bloß hoc.

6) So Goeschen, HS. constituit.

7) 'insofern'. Goeschen mit I. I. quae.

8) Ellipse von esse: siehe darüber Schmalz[4] S. 334. 460; Kühner-Stegmann Bd. 2 Teil 1 S. 10 flg., Teil 2 S. 632. Goeschen mit I. I. schiebt fuerit ein.

9) So Goeschen, HS. constituit.

10) So Goeschen mit I. I., HS. quoque.

11) Gajanisch: siehe zu III, 211.

12) Von Goeschen mit I. I. ergänzt.

13) Gajanisch: siehe zu III, 204.

rupta [1]) aut fracta sed et [2]) scissa et collisa et effusa et quoquo modo uitiata aut perempta atque deteriora facta hoc uerbo continentur.

218. Hoc tamen kapite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis [3]) ea res fuerit, damnatur [4]) is qui damnum dederit. Ac ne 'plurimi' quidem uerbum adicitur; et ideo [5]) quidam putauerunt [6]) liberum esse iudici eum [7]) ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi ‖ res fuit, uel ad id quod [8]) minoris fuit. HS. S. 1

Sed Sabino [9]) placuit [10]) perinde [11]) habendum ac si et [12]) hac parte 'plurimi' rursum [13]) uerbum adiectum esset;

nam legislatorem [14]) contentum fuisse [15]).

---

1) Kr. streicht aut rupta mit I. I.

2) Goeschen hat, wie auch sonst häufig, et durch etiam ersetzt. Vgl. aber wegen et in der Bedeutung von 'auch' Kühner-Stegmann Teil 2 S. 8. 9.

3) So Goeschen, HS. proximus.

4) So Goeschen, HS. damnat.

5) So schrieb wohl schon die Vorlage: siehe z. B. I, 43 und zu I, 68. Vgl. ferner V. I. R. II, 538.

6) So Goeschen, HS. puputauerunt. Aber an Reduplikation ist wohl nicht zu denken. Wenigstens kommt eine Reduplikation des Perfekts in der ersten Konjugation nach Kühner-Holzweißig S. 731 nur bei dare und stare vor.

7) HS. iudicium, meines Erachtens Elision für iudici eum. Mommsen iudici uel.

8) Ablativ auf d: siehe Bd. 3 Abt. 1 S. 227 und zu III, 176.

9) Gajanisch: siehe zu III, 161.

10) Gajanisch: siehe zu III, 201.

11) Kr. und Huschke schreiben proinde. Siehe über perinde und proinde Bd. 1 Erkl. 48.

12) HS. set, Elision für si et. Goeschen mit I. I. IV, 3 § 15 si etiam.

13) So ist wohl das r der HS. zu erweitern, das die bisherigen Herausgeber mit I. I. fallen lassen. Vgl. das rursum in III, 100.

14) HS. legibus latorem, wohl falsche Auflösung.

15) Der den legislator bringende Satz wird nachgajanische Zutat

219. Et[1]) placuit[2]) ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit.
219 a. Quo[3]) alio modo damno dato utiles actiones dantur[4]): ueluti si quis alienum hominem aut[5]) pecudem incluserit et fame[6]) necauerit; aut iumentum tam uehementer egerit, ut rum(pe)retur[7]); item si quis alieno seruo persuaserit, ut in arborem ascenderet uel in puteum descenderet, et (is), si[8]) ascendendo aut descendendo ceciderit[9]), aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit; item si[10]) quis alienum seruum[11]) de

sein: siehe zu III, 56. Er hat I. I. folgende Gestalt angenommen: nam plebem Romanam, quae Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo uerbo usa est. Im Anschluß hieran hat Goeschen den quod-Satz mit einem esset statt est nachgetragen. Ein derartiger Nachtrag ist kaum nötig. Will man aber nachtragen, so hätte wohl näher gelegen: prima parte eo uerbo se usum fuisse.

1) Dieses Et ersetzt Kr. mit I. I. IV, 3 § 16 durch Ceterum, Huschke schreibt Ceterum etiam.

2) Gajanisch: siehe zu III, 218.

3) Kr. und Huschke Ideoque in Anlehnung an I. I. IV, 3 § 16. Die Verfasser von I. I. könnten aber auch absichtlich den Text geändert haben und beschränkten sich gar nicht einmal auf die bloße Aenderung des quo.

4) So Goeschen, HS. dant. I. I. dari solent.

5) So Goeschen, HS. an. Ueber an in der Bedeutung von 'oder' siehe Kühner-Stegmann S. 527. Es liegt aber doch wohl näher, falsche Auflösung eines ā· oder a· oder a anzunehmen. Vgl. indes schon das an in III, 146.

6) So Goeschen mit I. I., HS. iame.

7) So Goeschen mit I. I., HS. rumpet.

8) Lachmann und Savigny setzen mit I. I. ein is nach et; Kr. und Huschke et is mit I. I. ohne ein si folgen zu lassen.

9) So Goeschen, HS. cecideri. Ferner schieben Kr. und Huschke nach ciciderit ein et ein.

10) So Goeschen, HS. itempsi. Ein p schiebt sich auch sonst zwischen m und s ein. Beispiele: sumpsi, dempsi, tempsi, hiemps. Siehe Stolz, Hist. Gramm. Bd. 1 S. 328; Kühner-Holzweißig S. 220 unter 1; Sommer² S. 245. Statt item si bringen I. I. sed si. Ihnen folgt Kr.; Huschke S. K. schreibt item contra si. Aehnlich oder ebenso gehen andere Herausgeber zu Werke. Auf diese Weise wird der uns bei Gajus erhaltene Satz in sein Gegenteil verwandelt.

11) So Goeschen, HS. sseruum.

ponte aut[1]) ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit, quamquam[2]) hic[3]) corpore suo damnum dedisse et[4]) eo, quod proiecerit, non difficiliter[5]) intellegi potest[6]).

220. Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus uel etiam uerberatus[7]) erit; sed et si cui conuicium factum fuerit; siue quis bona alicuius[8])

quasi[9]) debitoris

sciens eum nihil sibi debere sibi[10]) proscripserit[11]); siue

---

1) So Goeschen, HS. an: siehe Anm. 5 S. 73.

2) HS. $\overset{\text{u}}{\overline{\text{qq}}}$. Das wäre zunächst quoque. Es könnte aber auch $\overline{\text{qq}}$ statt qq oder q̀q̀ = quamquam gesetzt sein. Daneben bleibt möglich $\overline{\text{qu}}$ = quamuis. Wegen quamuis mit dem Indikativ siehe Kalb, Wegweiser S. 114; Kühner-Stegmann Bd. 2 S. 443.

3) Huschke S. K. hic quoque, Goeschen hunc. Siehe aber wegen des Nominativs mit dem Infinitiv bei intellegor Kühner-Stegmann Bd. 1 S. 705.

4) HS. dedisset, meines Erachtens Elision für dedisse et, Goeschen dedisse.

5) Die gewöhnliche Form wäre difficulter gewesen: siehe Kühner-Holzweißig S. 1011.

6) Der mit Quo alio modo lose angereihte Satz wird nachgajanischen Ursprungs sein. Dafür spricht mit, daß wir uns am Schlusse eines Absatzes befinden. Es kommen hinzu sachliche Gründe: siehe Erkl. 92. Hinsichtlich des letzten Beispieles äußert der Nachgajaner Bedenken, die im quamquam- bzw. quamuis-Satze zum Ausdrucke gelangen: obwohl es nicht schwierig ist, einzusehen, daß der Betreffende auch dadurch, daß er hinabwarf, durch seinen Körper den Schaden anrichtete. Auf Grund dieses Bedenkens hat sich dann nach den I. I. das Recht weiter dahin entwickelt, daß dieser Fall der utilis actio entzogen und der legis Aquiliae unterstellt wurde: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur.

7) So Goeschen, HS. inerberatus.

8) So Goeschen, HS. uonalicuius.

9) Gajanisch: siehe zu III, 75; zudem wäre die Einschiebung von quasi debitoris völlig überflüssig.

10) Das sibi ist meines Erachtens zu halten: siehe Erkl. 94 unter I B 2.

11) Das proscripserit ist in der entsprechenden Stelle I. I. IV,

quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit[1]; siue quis matremfamilias[2] aut praetextatum adsectatus fuerit

et denique[3] aliis pluribus modis[4].

221. Pati autem iniuriam[5] uidemur[6] non solum per nosmet ipsos sed et[7] per liberos nostros, quos in potestate habemus; || item per uxores nostras, HS. S. 186 cum in manu nostra sint. (Idem magis placuit de uxoribus nostris, quamuis in manu nostra non sint.)[8] Itaque si uel Titiae[9] filiae meae, quae Titio nupta est, in-

---

4 § 1 ersetzt worden durch possessa fuerint; das wird zusammenhängen mit dem Abkommen der bonorum uenditio: siehe I. I. III, 12 pr. und dazu Theoph.

1) Dem Satze siue quis . . scripserit entspricht ein Satz der lex Cornelia bei Ulp. 56 ed. fr. 5 § 9 de ini. 47, 10: siehe Erkl. 94. Es wäre sehr wohl möglich, wie Polenaar annimmt, daß die bei Ulpian auf scripserit folgenden Worte composuerit ediderit doloue malo fecerit, quo quid eorum fieret in der Ver. HS. ausfielen, da sie von I. I. IV, 4 § 1 ebenfalls gebracht werden.

2) HS. matrem familiam, vielleicht falsche Auflösung von matrem fam. oder matrem famil.

3) Gajanisch: siehe zu II, 238.

4) HS. modiss. Kr. zieht das zweite s zum Folgenden und gelangt so zu einem spatia, mit dem er sich Mélanges Girard Bd. 2 S. 38 in anderer Weise abfindet.

5) So Goeschen, HS. a iniuriam = aut iniuriam = autem iniuriam.

6) Gajanisch: siehe zu III, 197. I. I. IV, 4 § 2 setzen ein mit Patitur autem quis, behalten also hier den Gajanischen Sprachgebrauch nicht bei.

7) Goeschen mit I. I. etiam.

8) Daß derartiges ausgefallen, darauf weisen uns hin I. I. IV, 4 § 2 id enim magis praeualuit und Theoph. das. τοῦτο γὰρ ἤρεσεν εἰ καί τινες ἐναντιώθησαν. Für diesen Satz sehen wir Neratius eintreten bei Ulp. fr. 1 §§ 8. 9. de ini. 47, 10. Lachmann las q. in manu nostra sint und änderte in quamuis in manu non sint. Böcking setzt quamuis in manu nostra non sint. Mommsen hält cum in manu nostra sint für ein Glossem.

9) HS. ueltiae. Am nächsten liegt die Erweiterung uel Titiae. Von zwei gleichlautenden Silben wird gern eine unterdrückt: siehe

iuriam feceris, non solum filiae nomine tecum agi iniuriarum potest, uerum etiam meo quoque et Titi nomine[1]).

222. Seruo autem ipsi quidem[2]) nulla iniuria intellegitur[3]) fieri, sed domino per eum fieri uidetur[4]). Non tamen isdem modis quibus etiam per liberos nostros uel uxores iniuriam pati uidemur, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte[5]) in[6]) contumeliam[7]) domini fieri uidetur: ueluti si quis alienum seruum uerberauerit. Et in hunc casum formula proponitur. At si quis seruo[8]) conuicium fecerit uel pugno eum percusserit, non proponitur[9]) ulla formula nec temere petenti[10]) datur.

Wölflin Arch. Bd. 5 S. 417; Sommer, Laut- und Formenlehre² S. 285. Wir sind schon begegnet II, 289 (126, 23) Tius statt Titius und III, 143 (165, 24) qua titius statt quanti Titius. Huschke, Gajus S. 116 bringt uelut, Huschke⁴ ueluti. Das uel in der Bedeutung 'zum Beispiel' ist altertümlich: siehe zu I, 98; aber auch Spätlatein: siehe Dirksen unter uel § 5. Das Beispiel wird ein Nachgajaner angefügt haben.

1) So Goeschen. HS. nomen, wohl falsche Auflösung von nom.

2) So Goeschen mit I. I. IV, 4 § 3, HS. q, = quod statt quid = quidem.

3) Gajanisch: siehe zu III, 217. HS. intellegit.

4) Gajanisch: siehe zu III, 221.

5) Gajanisch: siehe zu III, 64.

6) So Goeschen, HS. aptem in = apertem in. Ueberflüssiges m. Gesprochen sein wird apertem in wie aperte in, nämlich apertin. Vgl. Sommer, Lat. Laut- und Formenlehre² S. 300.

7) So Goeschen mit I. I. HS. tumeliam. Ausfall des Zeichens für con. Siehe zu III, 209 tretat = trectat für contrectat.

8) So Kr. mit I. I. HS. si qui seruo. Dann hätten wir ein s statt doppeltes ss. Möglich wäre an sich auch si qui seruo, woran Goeschen festgehalten hat: siehe zu II₁, 195.

9) HS. proponit.

10) So Goeschen, HS. potenti.

223. Poena autem iniuriarum ex lege[1]) XII tabularum[2]) propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os uero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, ueluti ⟨fusti⟩[3]) si libero os fractum erat, at si seruo CL; propter ceteras uero iniurias XXV assium poena erat[4]) constituta.

Et uidebantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae[5]) poenae[6]).

224. Sed nunc[7]) alio iure utimur. Permittitur[8]) enim nobis a praetore sestertiis[9]) iniuriam aestimare et iudex uel tanti condemnat, quanti nos aestimauerimus, uel minoris, pro⟨ut⟩[10]) illi[11]) uisum fuerit. Sed cum atrocem iniuriam praetor | aestimare soleat[12]), HS. S. 187 si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat uadimonium, hac ipsa quantitate taxa-

1) So Goeschen mit I. I. IV, 4 § 7, HS. legum, wohl falsche Auflösung von leg.

2) So Goeschen mit I. I., HS. tabulas, wohl falsche Auflösung von tab.

3) So ist vielleicht zu ergänzen. Kr. und Hu. streichen ueluti. Andere Vorschläge siehe bei Dubois.

4) So Goeschen, HS. erit. Vertauschung von i mit a.

5) Goeschen pecuniariae, das dem gewöhnlichen Sprachgebrauche besser entsprechen würde. Vielleicht geht pecuniae auf einen Nachgajaner zurück.

6) So Goeschen, HS. penae| ne. Ein e statt oe, vgl. Seelmann S. 227; ferner Wiederholung einer Schlußsilbe der voraufgehenden Zeile.

7) Nunc, insofern es auf das Recht der Gegenwart hinweist, Gajanisch: siehe zu III, 121.

8) So Goeschen, HS. promittit.

9) Goeschen mit I. I. IV, 4 § 7 ipsis. Ihm sind die bisherigen Herausgeber gefolgt. Meines Erachtens ist das handschriftliche SIIS in sestertiis aufzulösen.

10) So Goeschen mit I. I. In der HS. ist ut am Ende einer Zeile ausgefallen.

11) So Goeschen, HS. illu, I. I. ei.

12) Gajanisch: siehe zu III, 148.

mur[1]) formulam, et iudex, qui[2]) possit ⟨uel tanti⟩[3]) uel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem. **225.** Atrox autem iniuria aestimatur uel ex facto, ueluti si quis ab aliquo uulneratus aut uerberatus fustibusue caesus fuerit; uel ex loco, ueluti si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit; uel ex persona, ueluti si magistratus iniuriam passus fuerit

uel senatoribus ab humili persona facta sit iniuria[4]).

Liber tertius explicitus.

---

1) Vielleicht Medial- oder Deponentialform statt Aktivform: wir taxieren uns. Goeschen taxamus, ihm folgen Kr. und Huschke; Polenaar hält taxamur, setzt aber formula für formulam.

2) So mit der HS. Huschke S. K.; Goeschen, dem Kr. folgt, quamuis.

3) Diese Einschaltung erfordert meines Erachtens das folgende uel; van der Hoeven Z. R. G. Bd. 7 S. 258 will dieses uel streichen.

4) Huschke und Kr. setzen mit I. I. IV, 4 § 9 senatori statt senatoribus. Der kollektive Singular hätte allerdings entsprochen dem voraufgehenden Singular magistratus. Berechtigt dieser Umstand aber schon zu einer Textänderung? Die Verfasser von I. I., indem sie die Reihe dahin fortsetzten: aut parenti patronoque fiat a liberis uel libertis, hätten schon eher Veranlassung gehabt, das senatoribus durch senatori zu ersetzen. Es ist auch noch mit einer anderen Möglichkeit zu rechnen: daß nämlich der ganze Satz uel senatoribus . . facta sit iniuria nachgajanische Zutat wäre. Dafür käme mehr noch als der Plural senatoribus die sachliche Verschiedenheit in Betracht, mit der hier Senatoren und Magistratspersonen behandelt werden: siehe Erkl. 100 unter 8.

Erklärung.

1. Stellung der Obligatio im alten System. III, 88.

Der alte Grundstock wird beherrscht von der Dreigliederung persona, res, actio: I, 8.

Die res sind entweder corporales oder incorporales II, 12.

Zu den res incorporales gehören obligationes quoquo modo contractae: II, 14. Wiederholt I. I. § 2 de reb. incorp. II, 2; fr. 1 § 1 de diu. rer. 1, 8. Vgl. Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 86.

Die res wird vorzugsweise betrachtet vom Standpunkte des Erwerbes aus. Demgemäß wird gehandelt von der Manzipatio, der In Iure Cessio, der Traditio, Usucapio. Von den Obligationen heißt es II, 38: Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Hier fallen Erwerb und Entstehungsgrund zusammen. Dementsprechend werden die Obligationen nach ihren Entstehungsgründen eingeteilt.

Es ist nicht richtig, wenn Paul Krüger, Gesch. der Quellen S. 188 behauptet, daß die Obligationen ohne einen Versuch der Anknüpfung folgten. Die Anknüpfung ist eben damit gegeben, daß die Obligatio als Unterart der res incorporales aufgefaßt wurde.

Paul Krüger mag hier beeinflußt sein von Theoph. III, 13 pr. de obl. und IV, 6 pr. de actionibus, der freilich an dieser Unterbringung der Obligationen schon lebhaften Anstoß genommen hat.

Ebensowenig hat man nötig, mit Pernice Z. R. G. Bd. 22 R. A. S. 221, die Einteilung der Obligationen nach den Entstehungsgründen zu beanstanden. Der Gesichtspunkt des Erwerbes mußte hier ganz von selber auf die Entstehungsgründe führen. Und das Gesunde dieser Einteilung zeigt sich darin, daß sie noch unserm heutigen System zugrunde liegt.

2. Arten der Obligationen. III, 88. 89.

Als Haupteinteilung tritt an die Spitze die Gliederung in Obligationen ex contractu und ex delicto.

In seinen res cottidianae begnügt sich Gajus nicht mit dieser Zweiteilung. Hier tritt ein drittes Glied hinzu. Fr. 1 pr. de obl. et act. 44, 7: Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex uariis causarum figuris.

Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 86 in Anlehnung an Perozzi hält diese Dreigliederung für 'interpolatorisch'. Allein figura in der Bedeutung von species scheint doch Gajanischer Sprachgebrauch zu sein: siehe zu II, 191.

Diese uariae causarum figurae sind wieder doppelter Art, indem sie entweder eine Verpflichtung quasi ex contractu oder quasi ex maleficio begründen: fr. 5 D. 44, 7.

In den Justinianschen Institutionen — § 2 de obl. III, 13 — ist daraus eine Viergliederung hervorgegangen: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.

Während Gajus das Obligationenrecht in seinen res cottidianae auf erweiterter Grundlage aufbaute, hat er sich in den Institutionen wesentlich kürzer gefaßt: wenngleich auch hier manches seiner Vorlage hinzugefügt worden.

Bei den Kontrakten haben wir die Vierteilung — re, uerbis, litteris, consensu. Sie kehrt wieder in den res cottidianae fr. 1 § 1 de obl. et act. 44, 7, nur daß hier die Kompilatoren litteris gestrichen haben.

Pernice Z. R. G. Bd. 22 R. A. S. 220 flg. führt aus: daß diese Vierteilung zwar keine Erfindung des Gajus, aber auch kein hohes Alter haben könne; das consensu sei später angehängt worden. Demnach werden wir dieses consensu wohl dem Grundstocke fernhalten müssen.

Ist aber das consensu später hinzugekommen, so unterlagen die Kontrakte vorher einer Dreiteilung: re uerbis litteris, die einer Vierteilung Platz machte.

Dieselbe Wandlung tritt uns bei den Delikten entgegen. Hier ist das bona rapere später hinzugekommen. Davon wird Erkl. 67 zu III, 182 noch näher gehandelt werden. Vorauf ging die Dreigliederung: furtum facere, damnum dare, iniuriam committere.

Andererseits hat Gajus der Zweiteilung in Obligationen ex contractu und ex delicto als drittes Glied hinzugefügt: ex uariis causarum figuris.

In dieser Erscheinung ist wahrnehmbar eine Hinneigung der römischen Systematik zur Dreigliederung.

Mit diesem Gegenstande beschäftigt sich eingehend eine Schrift von H. Goudy, aus dem Englischen übertragen von E. Ehrlich 1914, 'Dreiteiligkeit im römischen Recht'. Aus dem ersten Buche der Institutionen werden 19 Beispiele beigebracht und von ihnen S. 19 behauptet: 'daß die große Mehrzahl . . unter dem mystischen Einfluß der Zahl Drei entstanden sind'. Angefügt werden S. 48 flg. 'einige Dreiteilungen im Sachenrecht und dem Rechte der Ansprüche'. Betreffend das Forderungsrecht der Justinianischen Institutionen heißt es von der Dreiteilung S. 48: daß sie 'zu künstlichen Vierteilungen Anlaß gibt'.

3. Das Darlehn. III. 90.

Beim Darlehn besteht die Sache durch Gewicht, Zahl, Maß: res pondere, numero, mensura constat.

Diese Verbindung mit constare tritt uns namentlich bei Gajus entgegen. Wir haben es hier wohl mit einem alter=

tümlichen Sprachgebrauch zu tun, den schon die Vorlage darbot: vgl. III, 175. In der Parallelstelle fr. 1 § 2 de obl. et act. 44, 7 heißt es: mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensuraue constant. Die res quae pondere, numero, mensura constant treffen wir ferner an II, 196; fr. 35 § 5 de contr. empt. 18, 1; fr. 42 de iure dot. 23, 3. Statt res haben wir III, 175 das Neutrum quod, bei Maecianus fr. 30 § 3 ad leg. Falc. 35, 2 das Neutrum quae.

Die Auffassung bei diesem constare scheint folgende zu sein. Die hier in Frage stehenden Sachen bilden den Gegensatz zur species, z. B. dem Sklaven Stichus. Bei einer species hängt der Bestand der Obligation regelmäßig ab von dem Vorhandensein einer Sache. Nur ausnahmsweise dauert die Obligation nach dem Untergange der Sache fort, perpetuatur obligatio: Paulus fr. 91 § 3 de uerb. obl. 45, 1. Beim Darlehn besteht der Gegenstand der Obligation durch Gewicht, Zahl, Maß. Wenn auch das Hingegebene untergegangen, verausgabt ist; der Gegenstand der Obligation kann jeden Augenblick durch Wägen, Zählen, Messen wiederhergestellt werden.

Bei Ulp. fr. 1 pr. de cond. trit. 13, 1 heißt es: siue in pondere siue in mensura constent.

Für constare finden wir auch consistere bei Paul. fr. 2 § 1 de reb. cred. 12, 1.

Ulpian bedient sich meistens des Ausdruckes contineri z. B. 24, 7: res . . si pondere numero mensura contineantur. Derselbe Sprachgebrauch findet sich bei Papinian, Paulus, Licinnius Rufinus: siehe Vocabularium Iurispr. Rom. I, 987. Dieses Zusammenhalten, Erhalten bezieht sich ebenfalls nicht auf die körperliche Sache, sondern den Gegenstand der Obligation.

4. Die Reihenfolge der vertretbaren Sachen. III, 90.

Braßloff, Wiener Studien Bd. 35 S. 170 flg. hat aufmerksam gemacht auf eine Verschiedenheit in der Reihenfolge bei Aufführung von vertretbaren Sachen und glaubt diese

Verschiedenheit verwerten zu können für die Frage nach der Heimat von Gajus. Er vermutete: 'daß Juristen, welche in Rom wirken, in ihrer Darstellung zunächst auf Wein- und Oelbau und erst in zweiter Linie auf Getreidebau Rücksicht nehmen und auch bei Aufzählungen und Exemplifizierung von Rechtssätzen die überwiegende Bedeutung von Wein- und Oelbau in der Anordnung zum Ausdruck kommen müsse'. Da nun Gajus Wein und Oel voranzustellen pflege, so spreche das für eine Heimat in Rom.

Es ist ja richtig, daß unter den Kaisern der Getreidebau in der italischen Landwirtschaft nur eine untergeordnete Rolle spielte und in erster Linie Wein- und Oelbau betrieben wurde. Aber der Schluß von dieser Tatsache auf die fragliche Wortstellung scheint mir recht unsicher zu sein, und vollends der weitere auf die Heimat des Gajus.

Auch in Griechenland nahm der Weinbau neben dem Ackerbau eine hervorragende Stelle ein. Dieser wurde namentlich auf den Inseln mit solchem Erfolge betrieben, daß man nicht nur Ueberfluß an Wein zu eignem Verbrauch hatte, sondern selbst große Mengen ins Ausland ausführen konnte. Ebenso wichtig war für Griechenland die Kultur des Oelbaumes, in welcher Beziehung insonderheit Attika hervorragte. Vgl. Forbiger, Hellas nud Rom Bd. 4 S. 170 flg.

Also wenn ein Schluß vom Wein- und Oelbau auf die Wortstellung und von dieser wieder auf die Heimat des Gajus gerechtfertigt wäre, so könnte man ebensogut Gajus für einen Griechen ausgeben.

Sodann fällt für den Begriff Vertretbarkeit weniger der Anbau ins Gewicht als der Handel. In Bremen wächst kein Rheinwein, aber der Bremer Ratskeller ist berühmt wegen seiner Rheinweine, und die müssen beim Verkauf doch auch gemessen werden.

Zuzugeben ist, daß sich im Rechtsverkehr eine bestimmte Reihenfolge zu bilden pflegt. Ich erinnere z. B. an unser heutiges 'niet- und nagelfest', um die Zubehöreigenschaft zu be-

zeichnen; vollständiger 'wand-, band-, niet- und nagelfest'; noch vollständiger 'wand-, band-, niet-, nagel-, wurzel- und klammerfest'. Es wird so leicht nicht jemand einfallen, eine andere Wortstellung zu wählen, z. B. 'nagel- und nietfest' zu sagen. So könnte auch bei den Römern eine bestimmte Reihenfolge bei den vertretbaren Sachen üblich gewesen sein.

Aber brauchte denn Gajus eine solche Reihenfolge selber erfunden zu haben? Er entlehnte sie vielleicht den Römern. Diesen Einwand hat Braßloff S. 175 sich schon selber gemacht. Er sucht darüber hinwegzukommen mit der Bemerkung: 'das Wichtige und Erklärungsbedürftige ist eben, daß er diesen Wortlaut beibehalten hat'. Das kann ich nicht zugeben. Es ist ein großer Unterschied: ob jemand etwas, das er vorfindet, beibehält, oder selbständig schaffend auftritt.

Ein weiterer Punkt wäre: haben wir in der fraglichen Beziehung wirklich eine so feste, auf Gajus zurückgehende Reihenfolge, wie Braßloff sich vorstellt, vor uns? Ich will in dieser Beziehung zunächst die von ihm beigebrachten Institutionenstellen einer näheren Prüfung unterziehen.

II, 73. 74 bringen uns eine Aufeinanderfolge von planta und frumentum.

II, 79. Si ex uuis meis uinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur: utrum meum sit id uinum aut oleum aut frumentum an tuum.

II, 196: ueluti uinum oleum frumentum pecuniam numeratam.

III, 90: pecunia numerata uinum oleum frumentum aes argentum aurum.

II, 124: si uinum uel frumentum.

III, 184: in (ip)so oliueto oliuarum, in uineto uuarum . . in eo oliueto aut uineto.

IV, 66: ueluti pecunia cum pecunia conpensetur, triticum cum tritico, uinum cum uino; adeo ut quibusdam placet non omni modo uinum cum uino aut triticum cum tritico conpensandum.

Von diesen Stellen kann II, 73. 74 füglich beiseite bleiben.

In III, 124 ist si uinum uel frumentum schon von Polenaar als Glossem beseitigt.

Die vollständigste Reihe bietet uns III, 90 dar; und diese dürfte Gajus schon vorgefunden haben.

Am nächsten kommt die Reihe in II, 196, die ich für Gajanisch halte. Hier hätte demnach Gajus mit pecunia numerata eine Umstellung vorgenommen.

Ebenso halte ich für Gajanisch die Reihe in II. 79. Hier beschränkt sich Gajus auf das Dreierlei uinum oleum frumentum.

In IV, 66 lehnt Gajus sich einer Vorlage an, indem er mit adeo ut einsetzt. Die Vorlage hatte die Reihenfolge triticum uinum, die Gajus allerdings umkehrt.

Braßloff hat sich nicht auf die Institutionen beschränkt, sondern auch die sonstigen Werke in Betracht gezogen.

7 ad ed. prou. fr. 7 de usu fructu ear. rer. 7, 5: Si uini olei frumenti usus fructus legatus erit. Braßloff nimmt an, daß Gajus nicht einfach die Wortfolge des Senatsbeschlusses übernommen habe. Das kann ich nur zugeben. Meines Erachtens beruht das Mittel, um zum Nießbrauch bei verbrauchbaren Sachen zu gelangen, gar nicht auf dem fraglichen Senatsbeschlusse: siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 158.

9 ad ed. prou. fr. 3 de eo quod certo loco 13, 4: maxime uini olei frumenti.

9 ad ed. prou. fr. 18 § 3 comm. 13, 6: uinum uel oleum corruptum.

10 ad ed. prou. fr. 35 § 5 de contr. empt. 18, 1: frumento uino oleo argento . . uinum uel oleum uel frumentum uel argentum . . uinum . . oleum . . frumentum . . argentum. Hier haben wir zunächst die Voranstellung von frumentum, die freilich Gajus nicht beibehält.

2 aur. fr. 1 § 2 de obl. et act. 44, 7: uino oleo frumento pecunia numerata. Hier ist pecunia numerata zuletzt genannt, während es III, 90 voransteht.

9 ad ed. prou. fr. 4 de cond. trit. 13, 3: ueluti uinum oleum frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait.

2 rer. cot. fr. 7 § 7 de adq. rer. dom. 41, 1: Sabinus et Cassius . . ex auro uel argento uel aere . . uinum uel oleum uel frumentum . . Neruae et Proculo placuit . . auri uel argenti uel aeris . . uinum . . oleum uel frumentum. Die Parallelstelle I. I. II, 1 § 25 hat: uinum aut oleum aut frumentum . . auro uel argento uel aere . . aeris uel argenti uel auri.

3 ad ed. prou. fr. 21 de neg. gest. 3, 5: frumentum aut uinum.

8 ad ed. prou. fr. 74 de uerb. obl. 45, 1: tritici Africi optimi . . uini Campani optimi.

Dieses von Braßloff zusammengetragene Stellenmaterial dürfte folgende Annahmen nahelegen.

Die vollständigste Reihenfolge ist uns III, 90 erhalten, und diese könnte Gajus schon vorgefunden haben.

Eine Reihenfolge aurum argentum aes uinum oleum frumentum haben nach 2 rer. cot. schon Sabinianer und Proculejauer gekannt. Hier fehlt noch zu Anfang pecunia numerata, ferner treten auf die Metalle in umgekehrter Reihenfolge und schon vor den Feldfrüchten.

Bei den Metallen scheint der Wert bestimmend gewesen zu sein, indem man bald mit dem höhern begann, bald zum höhern hinaufstieg.

Auch bei den Feldfrüchten mag sich der Wert Geltung verschafft haben, dieser wird aber bestimmt durch den Handel.

Sodann ist bei derartigen Festsetzungen vieles dem Zufall anheim gegeben.

Daß Gajus stets den Wein voranstellte, läßt sich nicht behaupten. Er verrät hierfür nur eine gewisse Vorliebe.

Eine solche Vorliebe ließe an sich viele Deutungen zu, man braucht deshalb nicht gerade an eine Heimat in Rom zu denken.

5. Bezahlung einer Nichtschuld. III, 91.

Es ist bemerkenswert, daß die Bezahlung einer Nichtschuld hier als Realkontrakt aufgefaßt wird.

Ferner ist zu beachten die Angliederung an das mutuum und die Nichterwähnung sonstiger Kondiktionen. Damit erhalten wir einen Fingerzeig für den Entwicklungsgang der Kondiktionen. Als älteste erscheint die condictio mutui. Dieser hat sich die condictio indebiti angeschlossen. Erst später werden andere condictiones sine causa entstanden sein. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 234 flg.

Nicht minder ist bemerkenswert, daß die drei benannten Realkontrakte Commodatum, Depositum, Pignus gänzlich fehlen.

Schon Paul Krüger, Gesch. der Quellen[1] S. 189 Anm. 45, wiederholt Quellen[2] S. 210, hat aus diesem Fehlen der drei Realkontrakte auf ein hohes Alter dieser Ordnung geschlossen, die vielleicht einem fremden Werke entlehnt sei. Es hat mich befremdet, daß Pernice Z. R. G. Bd. 22 S. 221 Anm. 1 diese Bemerkung Paul Krügers mit einem 'ist mir nicht verständlich' abfertigt.

Das fremde Werk ist nichts anderes als der alte Grundstock, für den wir auf diese Weise eine neue Zeitbestimmung gewinnen. Dem Alfenus Varus, Konsul 39 v. Chr., sind die drei in Frage stehenden Realkontrakte bereits bekannt. So wenigstens Ubbelohde, Zur Gesch. der benannten Realkontrakte S. 78. 79. Mithin muß der alte Grundstock älter sein.

Ich habe mich mit dieser Frage schon näher beschäftigt: Der Rechtsgel. Gajus S. 83 flg.

6. Verhalten des Gajus gegenüber den Realkontrakten. III, 90. 91.

In seinen Institutionen hat Gajus es nicht für nötig befunden, die Lehre von den Realkontrakten wesentlich umzugestalten. Er beschränkt sich auf die Bemerkung, daß die Zahlung einer Nichtschuld überhaupt kein Kontrakt sei.

Es werden hier aber die Institutionen wesentlich ergänzt durch die res cottidianae: fr. 1 §§ 2—6 de obl. et act. 44, 7. Dort bringt Gajus das Recht der Gegenwart unter Zugrundelegung einer andern Kontraktsauffassung. Es wird fortgelassen die Nichtbezahlung einer Geldschuld. Auf das mutuum folgen sofort commodatum, depositum, pignus. Siehe schon Der Rechtsgel. Gajus S. 82 flg.

Der Verfasser der epitome II, 9 § 1 beschränkt sich darauf, die Bezahlung einer Nichtschuld fortzulassen.

In den Justinianschen Institutionen III, 14 quibus modis re contrahitur obligatio sind die Institutionen des Gajus mit seinen res cottidianae zusammengearbeitet worden. Wir haben hier demnach eine Bestätigung des allgemeinen Ausspruches in c. Imperatoriam § 6.

Auch in seinem Kommentare zum Provinzialedikte behandelte Gajus commodatum, pignus, depositum, und zwar im neunten Buche im Anschluß an den Titel de rebus creditis. Siehe Lenel, Ed.[2] S. 225. 245. 246. 279.

Ganz fehlen in den Institutionen des Gajus die unbenannten Realkontrakte. Dem Labeo waren sie bereits bekannt: Pap. fr. 1 § 1; Ulp. fr. 19 pr. fr. 20 pr. de praesc. uerb. 19, 5. Gajus in seinem Kommentare zum Provinzialedikt hat ebenfalls von den unbenannten Realkontrakten gehandelt, und zwar im Anschluß an die benannten: Gaius libro decimo ad edictum prouinciale fr. 22 de praesc. uerbis 19, 5.

7. Die Anfänge der Verbalobligationen. III, 92.

Ein einfaches Versprechen, von einer Privatperson der andern gegeben, ist von Haus aus ein für die Rechtsordnung bedeutungsloses Etwas; insonderheit findet aus demselben keine Klage statt. Die Verbalobligation auf dem Gebiete des Privatrechts wäre demnach ein Gebilde, dem wir kein allzu hohes Alter zuschreiben dürfen. Vgl. Girard-von Mayr S. 526 flg. Das klagbare Versprechen scheint eine schwere Geburt gewesen zu sein: Pflüger, Nexum S. 11.

Als erstes Beispiel einer Verbalobligation nennt Gajus die sponsio. Und hier stoßen wir gleich auf eine Reihe verschiedener Ansichten über deren Ursprung; insonderheit ist streitig, ob und inwiefern sich Einflüsse des Sakralrechtes geltend gemacht haben mögen.

Bevor ich an diese Fragen herantrete, möchte ich hinweisen auf eine ganze Reihenfolge von Verpflichtungsgründen, die uns darbietet das Begleitschreiben zum Senatsbeschluß über die Bacchanalien vom Jahre 586/168, und unter denen auch ein conspondere erscheint. Es heißt in diesem Senatsbeschlusse, Bruns-Gr.[7] n. 36 Zle 13. 14: Neue post hac inter sed coniourase neue comuouise neue conspondise neue conpromesise uelet, neue quisquam fidem inter sed dedise uelet.

Was zunächst das coniourare anbetrifft, so hat bereits Bynkershoek, Opuscula 1729 Tom. II pag. 203 auf die Darstellung bei Livius hingewiesen. Hier heißt es 39, 14 § 8: qui coierint coniurauerintue, quo stuprum flagitiumue inferretur. Ob sich dieses Schwören aber bloß und überhaupt auf Zufügung von Unsittlichkeiten und Schandtaten bezogen habe? Man kann sich nicht vorstellen, daß gemeine Verbrechen von einer Religionsgenossenschaft als solcher beabsichtigt waren: vgl. Ihne, Röm. Gesch. Bd. 4 S. 218.

Es handelt sich nämlich um die Neubegründung einer sakralen Gemeinschaft bzw. Eintritt in dieselbe. Die Neueintretenden hatten zu beschwören, daß sie die ihnen obliegenden Verpflichtungen erfüllen würden. Das con versteht Leist G. J. R. S. 231 von einer Korrealität. Aber dazu will meines Erachtens die ganze Sachlage und das inter sed nicht recht passen. Das con weist allerdings hin auf ein Zusammenhandeln. Dieses werden wir uns aber dem inter sed entsprechend so vorzustellen haben: daß der eine den Eid leistete, der andere ihn abnahm.

Dieselbe Vorstellung haben wir entgegenzubringen dem comuouere, dem conspondere, dem conpromittere, dem fidem

inter sed dare. Damit wäre gegeben der Verpflichtungsgedanke in fünferlei Gestalt. Diese Tatsache ist schon an und für sich von hohem Interesse, wenn wir auch den Inhalt der Verpflichtung so genau nicht kennen und ebensowenig von der Geltendmachung wissen.

Das coniourare weist hin aufs Sakralrecht. Ebenso verhält es sich mit dem comuouere. Auch beim fidem dare haben wir es mit religiösen Vorstellungen zu tun: siehe unten Erkl. 14. Und beim promittere ist ursprünglich ein fidem oder dgl. zu ergänzen. So befindet sich denn das conspondere mitten unter vier sakralrechtlichen Verpflichtungsarten. Das scheint den Schluß nahezulegen, daß auch die sponsio nicht ohne Beziehungen zum Sakralrecht dastehen wird.

Es drängt sich die Frage auf: weshalb so vielerlei Verpflichtungsarten, um einen und denselben Zweck zu erreichen? Es wäre wohl möglich: daß in den verschiedenen Gemeinden, an welche der Senatsbeschluß sich richtete, die Gepflogenheit eine verschiedene war, indem man sich in der einen Gemeinde dieser, in der anderen jener Form vorzugsweise bediente. Auf alle Fälle weist diese Erscheinung hin auf eine Zeit, wo das Sakralrecht noch kräftig genug war, auf diesem Gebiete eine große Mannigfaltigkeit zu entwickeln.

8. Die internationalen σπονδαί und die sponsio. III, 94.

Die privatrechtliche sponsio steht, wovon meines Erachtens auszugehen, in offenbarem Zusammenhang mit der internationalen: beides sind nur Unterarten eines und desselben Gattungsbegriffes. Ferner treten der internationalen sponsio die griechischen σπονδαί zur Seite. Für dieses alles legt auch unser Lehrbuch Zeugnis ab. Gajus selber findet sich freilich mit der Bemerkung ab, daß die Verletzung völkerrechtlicher Verträge keine ex stipulatu actio zur Folge habe. Damit ist indes der Zusammenhang nicht aus der Welt geschafft. Deshalb

möchte ich mir auch nach dieser Richtung hin ein paar Bemerkungen gestatten.

I. Ich beginne mit dem griechischen Rechte.

1. Homer gedenkt mehrfach derartiger Verträge. Am genauesten ist seine Erzählung bei der Verabredung zwischen Griechen und Troern, daß Paris und Menelaos im Einzelkampf den Streit erledigen sollen: Il. III, 116 flg. Ein solcher Vertrag ist ein Eidesvertrag, der sich zusammensetzt aus Eideserklärung und Eidesfluch. Die Götter sind Zeugen. Am wirksamsten ruft man sie zur Zeugenschaft durch Blutopfer. Il. II, 124: ὅρκια πιστὰ ταμόντες. Daneben wird auch der Weinspenden gedacht. Il. II, 341: σπονδαί τ' ἄκρητοι; III, 269. 270. 295. 296.

Nach Leist, G. I. R. S. 464: 'Mag man wohl nur roten Wein, als Repräsentanten des Bluts, verwendet haben'. Indessen nach O. Schrader, Reallex. S. 602 war der Trank, mit dem einstmals die Götter gelockt wurden, der Met. In arischer Zeit ist an seine Stelle als Opfertrank der Saft der Somapflanze getreten. Im Süden Europas war der natürliche Nachfolger des Metes auch beim Opfer der Wein.

In Anlehnung an Hesiod Theog. 780 flg. geht Hirzel, Eid S. 178 flg. auf eine ältere Bildungsschicht zurück, wo das Opfer sich auf die Spende beschränkte und diese in Wasser bestand. Sodann gedenkt Leist, Alt-Arisches I. G. S. 465 einer 'alt-indischen Sitte des Wasserausgusses zur Bekräftigung eines geschlossenen Vertrages'. Später gehörte zur feierlichen Eidesleistung außer der Spende auch noch das Schlachtopfer. Hiernach hätten wir in der Spende die ältere Entwicklung zu erblicken.

2. Man unterscheidet den assertorischen und promissorischen Eid. Hirzel S. 2. 176 nimmt seinen Ausgang vom assertorischen Eide. 'Die Not hat schwören gelehrt, wie sie beten lehrte'. Der Mensch, dem Mißtrauen droht, wußte in der Not keinen andern Ausweg, 'als seine Sache den Göttern anheimzustellen'. Der Eid ist ein Kind der Eris, Hes. opera et

dies 804: Ὅρκον γεινόμενον, τὸν Ἔρις τέκε πῆμ' ἐπιόρκοις. Die Unterweltsgötter, denen er anfangs heilig war, konnten augenblicklich eingreifen. 'Den unter Eidschwur Gelobenden aber während seines weiteren Lebens und Handelns zu beobachten, ob sein Verhalten auch dem geleisteten Eid entspreche, war offenbar eine Aufgabe, für die die allsehenden himmlischen Götter, ein Zeus oder Helios, sich besser schickten'.

Uns kümmert hier nur der promissorische Eid, der demnach als das jüngere Gebilde zu betrachten wäre.

3. Die weitere Entwicklung stellt Leist sich so vor, 'daß man später die eigentlichen internationalen ὅρκια den minder solennen σπονδαί entgegensetzte'. Es trat das Bedürnis ein: 'außer den von allen staatlichen Gewalten der streitenden Civitates zu schließenden Bündnissen auch noch sonstige, bloß von den Feldherren zu sanktionierende Verträge zu schließen: Waffenstillstände auf längere und kürzere Zeit . . Zusage von freiem Geleit . . usw.'. Eine große Rolle spielte in dieser Beziehung die Totenbestattung, αἱ σπονδαὶ εἰς νεκρῶν ἀναίρεσιν: siehe Schömann-Lipsius, Griech. Altert.[4] Bd. 2 S. 13.

Dabei sei nach Leist nicht anzunehmen, daß bei solchen Abmachungen immer noch die Förmlichkeit, αἱ σπονδαί, wovon sie den Namen hatten, stattfand. Er sagt G. J. R. S. 468: 'Also der Spendeakt wird nicht ausgeführt, sondern es wird nur gesagt, er werde ausgeführt. Wir haben hier demnach einen Akt dicis causa vor uns'. Vgl. dazu Leist, Altarisches I. G. S. 465 flg.; Altarisches I. C. Bd. 1 S. 442 flg.

II. Bei den Römern haben wir einerseits das foedus der Fetialen, andererseits die sponsio.

1. Das älteste Beispiel eines foedus bringt uns Liv. 1, 24 § 3: foedus ictum inter Romanos et Albanos. Iuppiter wird zum Zeugen angerufen, nachdem die einzelnen Bestimmungen des vereinbarten Vertrages verlesen worden, § 7: legibus deinde recitatis 'audi', inquit, 'Iuppiter'. In der Fluchformel wird auf das Opfer hingewiesen, § 8: si prior defexit publico consilio dolo malo, tum illo die, Iuppiter, populum Ro-

manum sic ferito, ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito, quanto magis potes pollesque. Darauf Vollziehung des Opfers: id ubi dixit, porcum saxo silice percussit. Von einer Weinspende daneben ist keine Rede

2. Für die sponsio kommt vor allen Dingen in Betracht die pax Caudina vom Jahre 433/321.

a) Es war freilich schon zu Livius' Zeiten streitig, ob wir es hier mit einem foedus oder einer einfachen sponsio zu tun haben. Liu. 9, 5 § 2: itaque non, ut uulgo credunt Claudiusque etiam scribit, foedere pax Caudina, sed per sponsionem facta est. Und auch die Meinungen neuerer Schriftsteller gehen hier sehr auseinander.

Rubino, Untersuchungen S. 276 Anm. 3 unterscheidet drei Eingehungsarten der römischen Staatsverträge: durch foedus, sponsio, pactio. Dem foedus ist wesentlich der Schwur und nach dem Fetialrechte das Darbringen des Schweinopfers. Hauptstelle Festus Th. S. 59: Foedus appellatum ab eo, quod in paciscendo foede hostia necaretur. Bei der sponsio tauschen die Repräsentanten beider Staaten mündliche Frage und Antwort aus; möglich war jeder Inhalt, insonderheit auch ein foedus; 'obgleich nicht durch die religio gesichert, doch bindend und rechtskräftig'. Die pactio war ein beliebig ausgedrücktes Versprechen, das im früheren Altertume nur selten bei eigentlichen Bündnissen angewandt wurde. Mit dem caudinischen Vertrage kam, wie Cic. de inu. 2, 30 § 92 sagt, ein foedus summae religionis zustande. Demnach scheint Rubino einzutreten für ein beschworenes Bündnis ohne Fetialen; ob auch ohne Sponsio?

Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 1³ S. 251 Anm. 1, indem er sich ausdrücklich gegen Livius erklärt, gelangt ebenfalls zu drei Formen des Bündnisses: 'fetialisches foedus, feldherrliches foedus und feldherrliche sponsio'. Dabei ist mir nicht ganz klar geworden das Verhältnis zwischen feldherrlichem foedus und feldherrlicher sponsio. Es heißt bei Mommsen: 'und wollten auch diejenigen, die so wie Claudius

erzählten, in das Bündnis keineswegs ein Moment wie die Anwesenheit der Fetialen hineinlegen, das dessen Kassation zu einem religiösen Frevel gestempelt haben würde'. Also kein Eid, kein Opfer. Andererseits bemerkt Mommsen zu der sponsio bei Livius: 'welche ihm offenbar nichts ist als die privatrechtliche seiner Zeit'. Mithin wäre diese sponsio auch wohl ohne Eid, ohne Opfer gewesen; und daneben gelangten wir dann zu einem foedus ohne jegliche Form, oder vielleicht mit minderwertigem Opfer?

Mit Livius ist ferner nicht ganz einverstanden Täubler, Imperium Romanum Bd. 1 S. 146. Livius erblicke im foedus 'den vom Volke beschlossenen und von den Fetialen beeideten Vertrag'. 'Die sponsio bezeichnet dagegen nur eine Form des Abschlusses'. 'Der Gegensatz tritt aber nur bei dem beeideten Volksvertrag hervor. Dagegen hätte ein vom Volk geschlossener Vertrag, welcher nicht von den Fetialen beeidet wurde, in der Form der Sponsion abgeschlossen werden müssen'. Livius hätte demnach hinzufügen sollen: 'daß auf die Sponsion ein Eid der Konsuln und der anderen Offiziere folgte'.

Es ist mir nicht ganz leicht geworden, mich in diese etwas verwickelte und zugleich Livius bekämpfende Auffassung hineinzufinden; ich stehe auch nicht dafür ein, Täubler richtig verstanden zu haben. Demnach wären also wohl foedus und sponsio keine reinen Gegensätze. An und für sich kann von einem Volke ein Vertrag durch sponsio eingegangen werden. Das wäre aber noch kein foedus, dazu hätte noch kommen müssen ein Eid der Konsuln und der andern Offiziere.

Wie stellt sich indessen Täubler die sponsio eines Volkes vor? Dazu bedürfen wir der Vertretung. Nach Gajus genügt einerseits der imperator, andererseits der princeps alicuius peregrini populi.

b) Die Schwierigkeiten, die hier zu überwinden sind, gehen zurück auf die Beschaffenheit der Ueberlieferung. Die Römer hatten eine schwere Niederlage erlitten. Das wird zum Ausdruck gelangt sein in den Friedensbedingungen. Diesen Hergang

getreu zu schildern, dagegen sträubte sich römischer Patriotismus. Die uns gebotene Darstellung ist in dieser Beziehung unzuverlässig. Es kann sich nur darum handeln, Wahrheit und Dichtung voneinander zu sondern. Dazu bedarf es eines Maßstabes, den wir der Ueberlieferung anlegen. Diesen kann uns nur der Rechtszustand der damaligen Zeit gewähren. Insonderheit haben wir zu prüfen die Machtbefugnisse der Konsuln. Das führt uns zum römischen Imperium.

Mit diesem Gegenstande hat sich in neuerer Zeit eingehend beschäftigt Franz Leifer, 'Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht'. Mit Recht nimmt Leifer seinen Ausgang von der Gleichartigkeit der königlichen und konsularischen Gewalt: siehe namentlich S. 169 flg. 'Staatsrechtlich bedeutete die Beseitigung des Königtums zunächst kaum mehr als die Abschaffung des Königsnamens, ferner die Einheit in der Person des Gemeindeherrn, vielleicht zugleich der Lebenslänglichkeit seiner Stellung'. 'Ein langer Weg führt von den Ureinrichtungen der Republik zu der staatsrechtlichen Grundauffassung Ciceros: die oberste Gewalt im Staate stehe beim Volke'.

Von diesem Standpunkte aus betrachtet bereits Rubino den caudinischen Vertrag. Es heißt bei ihm S. 274: 'die Formen der foedera waren die alten geblieben, die Prätoren, an die Stelle der Könige getreten, waren wie diese Inhaber der Staatsauspizien und der regia potestas, und noch immer nach außen die anerkannten Vertreter des Staates'. Nach der Niederlage in den caudinischen Gebirgen traten zum ersten Male, soviel wir wissen, Bedenken auf: ob diese unumschränkte Gewalt der Konsuln in bisheriger Weise beizubehalten sei.

Nissen Rhein. Museum N. F. Bd. 25 S. 48 flg. spricht sich dahin aus: 'In historischer Zeit werden foedera nicht ohne vorherige Genehmigung von Senat und Volk abgeschlossen'. 'Dies steht als staatsrechtlicher Grundsatz vollkommen fest. Er wird zum ersten Male bei Gelegenheit der caudinischen Ereignisse formuliert'. 'Es liegt hierin eine Beschränkung des Imperiums, welche dem ursprünglichen Wesen desselben fremd

erscheint. Das foedus tritt formell in Kraft nicht durch einen Senats- oder Volksbeschluß, sondern durch den feierlichen Pakt welchen der Imperator, sei es eigenhändig, sei es durch die Fetialen, vollzieht. Er ist Vertreter und Inhaber der höchsten Staatsgewalt. Wenn er ohne Wissen und Willen von Senat und Volk Verträge abschließt, so haben dieselben formelle Gültigkeit und bleiben so lange in Kraft, bis sie auf dem Wege der Gesetzgebung umgestoßen werden'.

Diese Auffassung birgt in sich einen Widerspruch. Was Nissen hier formelle Gültigkeit nennt, wäre nichts weiter als einseitige Gebundenheit der Samniter. Wenn aber ein Konsul, dessen Imperium noch unbeschränkt — denn bis dahin kannte man ja nach Nissen noch keine Beschränkung — mit dem Vertreter eines fremden Volkes einen Vertrag schließt, so war dieser sofort auch für die Römer bindend. Wenn demnach der römische Senat, um diesen Vertrag zu lösen, sich anschickte, die Konsuln usw. als schuldige Verbrecher dem Feinde auszuliefern, so war dies nichts weiter als eine dreiste Verhöhnung des damaligen Völkerrechtes, demgegenüber sich denn auch der samnitische Feldherr C. Pontius bei Liu. 9, 11 § 1 dahin vernehmen läßt: nec ego istam deditionem accipiam, nec Samnites ratam habebunt.

Viel näher steht dieser Auffassung schon Rubino, obwohl er S. 277 flg. dann doch wieder bemüht ist, das Verfahren der Römer als ein rechtlich mögliches hinzustellen.

c) Dieselbe Frage taucht auf bei dem Numantinischen Vertrage des Konsuls Mancinus vom Jahre 617/137. Der Vertrag wurde vom Senate verworfen, Mancinus den Numantinern ausgeliefert, die ihn freilich nicht annahmen. Liu. periocha 55: uictus enim a Numantinis . . pacem cum eis fecit ignominiosam, quam ratam esse senatus uetuit; per. 56: ad ex soluendum foederis Numantini religione populum Mancinus, cum huius rei auctor fuisset, deditus Numantinis non est receptus.

Eine eigene rechtliche Begründung für die Verwerfung dieses Vertrages wird nicht gegeben, es wird nur hingewiesen auf den caudinischen Vertrag: Plutarch. Tib. Gracch. 7; Cic. de off. 3, 30 § 109.

So erscheint denn, was einstmals eine Rechtsverletzung war, im Laufe der Zeit als erstes Beispiel eines neueren Rechtes. Die Numantiner wollten freilich von diesem neuen Rechte noch nichts wissen, da sie den ihnen ausgelieferten Konsul ebensowenig annahmen wie einstmals die Samniter die ihnen ausgelieferten Vertragschließer.

d) Was den Inhalt des caudinischen Vertrages anbetrifft, so handelt es sich um ein Bündnis, das zwei souveräne Staaten miteinander abschließen. Liu. 9, 4 § 4: si agro Samnitium decederetur, coloniae abducerentur, suis inde legibus Romanum ac Samnitem aequo foedere uicturum. Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 3 S. 664 Anm. 2.

Livius ist freilich bemüht, dieses Bündnis als bloßen Vorvertrag hinzustellen. Es heißt im § 5: his condicionibus paratum se esse foedus cum consulibus ferire. Das ist nichts weiter als Ausfluß eines Patriotismus, dem es darum zu tun war, die Handlungsweise des Senates mit der Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Es ist kaum glaublich, daß der samnitische Feldherr C. Pontius das eingeschlossene Heer der Römer sollte früher freigegeben haben, bevor es zum Abschluß des Friedens- und Bündnisvertrages gekommen war.

e) Ebensowenig wird C. Pontius in der Form etwas versehen, eher zuviel als zuwenig getan haben. Der Bündnisvertrag ist in die Gestalt der Sponsio gekleidet. Der Einwand von Livius 9, 5 § 1, daß ein Bündnis ohne Fetialen nicht möglich sei, ist ebenso hinfällig, wie für die damalige Zeit der andere, daß ein Bündnis nicht geschlossen werden könne ohne Zustimmung des Volkes. Ich werde hierauf noch zurückkommen: siehe unter k. Livius § 3 spricht von sponsoribus und bemerkt § 4: spoponderunt consules legati quaestores tribuni

militum, nominaque omnium, qui spoponderunt, extant. Es fragt sich: wie haben wir diese sponsores aufzufassen?

Nach Marquardt, Staatsverwaltung Bd. 3² S. 424 verbürgte sich der Feldherr 'mit seiner Person, daß das Volk unter diesen Bedingungen Frieden schließen werde; bindend war diese sponsio für das Volk nicht'. Aber zunächst bedürfen wir doch der Hauptverpflichtung.

Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 1³ S. 248 warnt 'vor der falschen Vorstellung, als walte hier ein Bürgschaftsverhältnis ob, bei welchem der Feldherr den Platz des Hauptschuldners, die andern Schwörenden den der Bürgen einnehmen; es soll vielmehr vorliegen eine Verpflichtung 'nach Analogie der correi debendi'. Demgemäß würden wir sämtliche sponsores als Hauptverpflichtete zu betrachten haben.

Meines Erachtens ist in diesem Falle der Ausgang zu nehmen von der unmittelbaren Stellvertretung, der wir auch sonst vielfach bei Gemeindeverhältnissen begegnen: vgl. Societas publicanorum S. 311 flg. Und diesen Standpunkt hat Mommsen Bd. 3 S. 340 flg. in Anlehnung an Rubino für die ältere Zeit schon selber als den richtigen anerkannt.

Versprochen haben allerdings nur bestimmte Personen: consules legati quaestores tribuni militum. Aber diese haben nicht bloß für sich versprochen, sondern überhaupt für das römische Volk, von dem sie nur einen Teil bildeten. Die Form mag man sich in Anlehnung an die Dedition bei Liu. 1, 38 § 2 etwa so vorstellen: Spondetisne? nos populusque Romanus spondemus. Wie hätte auch ein Bündnisvertrag anders zustande kommen können als durch Vertreter? Als solche kommen für Rom vor allen die Konsuln in Betracht, die übrigen werden auf Geheiß der Konsuln zugezogen sein; das mag auf Rechtsübung beruht haben. App. Hisp. 83 bringt ἡγεμόνας εἴκοσιν.

Auf alle Fälle wird das Bündnis für die Römer bindend gewesen sein. Hätte es abhängig sein sollen von der Zustimmung des Senates oder des römischen Volkes, so mußte dies besonders

vereinbart werden. Davon kann keine Rede sein. Mit Recht bemerkt Mommsen Bd. 3 S. 340 Anm. 3: 'Vor allem hat die Erzählung von dem caudinischen Vertrag des J. 434 gar keinen Sinn, wenn nicht davon ausgegangen wird, daß er von Rechts wegen die Bürgerschaft band'.

e) Dieselbe Form der Sponsio finden wir angewandt beim Numantinischen Vertrag des Mancinus vom J. 617/137.

Hierüber ist uns bei Gell. n. a. 6, 9 § 12 folgende Bemerkung erhalten: Idem Probus Valerium Antiatem libro historiarum XXII 'spesponderant' scripsisse annotauit uerbaque eius haec posuit: Tiberius Gracchus, qui quaestor C. Mancino in Hispania fuerat, et ceteri qui pacem speponderant.

Wegen der Bildung speponderant verweise ich auf Sommer, Lat. Laut- und Formenlehre[2] S. 547.

Inhaltlich ist diese Bemerkung von Bedeutung für die Stellvertretung des römischen Rechts. Tib. Gracchus verhandelt mit den Numantinern. Wie Plutarch Tib. Gracch. 5 angibt, auf Wunsch der Numantiner, welche die Verhandlung mit dem Konsul Mancinus ablehnten, der demnach als Inhaber des Imperium den Tib. Gracchus zu seinem Vertreter bestellt haben wird. Die Sponsio lautet aber in erster Linie auf den Namen des Tib. Gracchus. Der Konsul wird nur nebenbei erwähnt und seine Vollmachtserteilung stillschweigend vorausgesetzt. Unter den ceteri kann er nicht mitbegriffen sein, denn als Konsul hätte ihm der erste Platz gebührt. Es genügt also für die unmittelbare Stellvertretung das Vorhandensein einer Vollmacht, ohne daß es im Vertrage ausgesprochen zu sein braucht. Und zwar handelt es sich um eine doppelte Vertretung: der Konsul vertritt den Staat, und den Konsul wieder der Quästor. Derartiges kommt auch sonst vor: siehe die Beispiele bei Mommsen Bd. 1[3] S. 248 Anm. 1.

f) Legen wir nun die unmittelbare Stellvertretung zugrunde, so kommen die Sponsoren als Vertragschließer an und für sich überhaupt nicht in Betracht. Der Vertrag ist zustande gekommen

zwischen Rom und dem fremden Staate. Die Sponsoren können nur verantwortlich gemacht werden, wenn sie sich etwas zu Schulden hätten kommen lassen. Und in diesem Falle wäre es Sache des römischen Staates gewesen, das Vergehen zu ahnden. Daß man aber den Vertrag einseitig aufhob, war unzulässig. Und die Auslieferung an den fremden Staat nimmt sich eigenartig genug aus. Bei Rubino S. 281 heißt es: 'nach einem Gebrauche, welcher bisher nur für ganz andere Verletzungen des Völkerrechtes üblich gewesen war'.

Der Rechtsverkehr von Volk zu Volk vollzieht sich ursprünglich durch die Vermittelung der beiderseitigen Fetialen. Wird ein bestehendes foedus verletzt, so haben sie Genugtuung zu fordern bzw. zu gewähren; insonderheit denjenigen an den fremden Staat auszuliefern, der sich gegen denselben bzw. dessen Angehörige vergangen hat. Siehe das Nähere bei Marquardt, Staatsverwaltung Bd. 3 ² S. 419 flg.; Wissowa, Religion und Kultus der Römer S. 477 flg. Bei dem caudinischen Vertrage handelt es sich nun um Sponsoren, die jedenfalls nichts den Samnitern gegenüber verbrochen haben: es fehlt also an den geeigneten Delinquenten.

Dieser Mangel scheint schon von den Römern bei Umbildung des Völkerrechts empfunden zu sein, indem noch daneben der römische Konsul Postumius zum Völkerrechtsverletzer alten Stils gestempelt worden. Freilich in recht wunderlicher Weise.

Kaum hat nach Liv. 9, 10 § 9 der römische Fetial die Auslieferungsfeierlichkeit seinerseits beendet mit den Worten: hosce homines uobis dedo, so versetzt nach § 10 der Konsul Postumius dem Fetialen einen kräftigen Kniestoß oder vielleicht einen Fußtritt, haec dicenti fetiali Postumius genu femur quanta maxime poterat ui perculit, und ruft mit lauter Stimme aus: se Samnitem ciuem esse, illum legatum fetialem a se contra ius gentium uiolatum, eo iustius bellum gesturos.

Demnach behauptet der römische Konsul, Samniter ge-

worden zu sein, bevor noch der samnitische Feldherr die Ausgelieferten übernommen hatte, und durch seine Handlungsweise einen neuen Kriegsgrund geschaffen zu haben.

Dabei wäre mit der Rechtsordnung wieder einmal recht willkürlich umgegangen. Niebuhr, Röm. Gesch. Bd. 3 ² S. 258 nennt das 'eine Farce, die nicht bloß empörend, sondern sinnlos erscheint'; er glaubt indes die Sache auf Grund von Velleius 1, 14 dadurch erklären zu können, 'daß zwischen beiden Völkern ein ius exulandi bestanden haben muß'.

Allein dieser Bestand eines ius exulandi wäre bloße Vermutung, auf die jedenfalls Livius sich nicht beruft. Im Sinne von Livius ist vielmehr Gewicht zu legen auf das anknüpfende haec dicenti fetiali. Der Fetial hat durch sein ausgesprochenes dedi dem Postumius die Möglichkeit verschafft, sich als Samniter zu gebärden.

g) Die sponsores, mit denen wir uns hier beschäftigten, sind weder Bürgen noch Hauptschuldner, sondern Vertreter des Hauptschuldners, d. i. des römischen Staates.

Daneben kommen noch die Geiseln in Betracht. Liv. 9, 5 § 5: obsides etiam sescenti equites imperati, qui capite luerent, si pacto non staretur.

Unter dem pactum werden wir das foedus zu verstehen haben. Kurz vorher, § 2, ist von einer pax Caudina die Rede. Pactum ist hier ein allgemeiner Begriff, dem sich auch die sponsio unterordnet. Durch die Geiseln sollte ein Druck auf Senat und römisches Volk ausgeübt werden, daß das Vereinbarte zur Ausführung gelange. Livius denkt freilich dabei wieder an seinen Vorvertrag und läßt die Geiselstellung geschehen: propter necessariam foederis dilationem.

Zonaras 7, 26 spricht von einem Pfande und sieht darin ein Mittel, die Bestätigung des Senates zu erlangen: ἵνα δὲ τὰ τῆς ὁμολογίας καὶ παρὰ τῆς γερουσίας βεβαιωθῶσι, τῶν ἱππέων ἑξακοσίους εἰς ὁμηρείαν κατέσχον.

h) Livius betrachtet unsere sponsio als eine rein weltliche; wenigstens läßt er eine religiöse Verpflichtung des Volkes

9, 7 § 6 dahingestellt sein: religione populum si qua obligauimus. Dagegen wird anderswo ausdrücklich von einem Eide berichtet. Es heißt bei Appian. Samnit. 5: ἣν ὀμόσητε; 6: τοὺς ὅρκους ὤμνυον ὅ τε Πόντιος καὶ οἱ Ῥωμαίων ὕπατοι, δύο ὄντες, Ποστούμιός τε καὶ Βετούριος, καὶ ταμία δύο, καὶ ταξίαρχαι τέσσαρες, καὶ χιλίαρχοι δώδεκα . . γενομένων τε τῶν ὅρκων. Und Zonar. 7, 26 bemerkt: ἄμφω οἱ ὕπατοι καὶ οἱ λοιποὶ ἄρχοντες οἱ ἐπὶ ὅρκοις παρουσιάσαντες.

Man pflegt hier den Angaben der griechischen Schriftsteller den Vorzug zu geben, und es ist sehr wohl möglich, daß Livius den Eid absichtlich verschwiegen hat. Insonderheit haben sich für diesen Eid Darsteller der römischen Geschichte erklärt: Niebuhr Bd. 3² S. 256; Mommsen Bd. 1⁶ S. 365; Ihne Bd. 1² S. 374; Peter Bd. 1⁴ S. 242.

i) Ferner tritt uns ein Opfer, und zwar ein Schweineopfer, entgegen bei Cic. de inu. 2, 30 § 91: in eo foedere, quod factum est quondam cum Samnitibus, quidam adulescens nobilis porcum sustinuit iussu imperatoris.

Daß es sich dabei um den caudinischen Vertrag handelt, kann um so weniger zweifelhaft sein, als Cicero gleich fortfährt: Foedere autem ab senatu improbato et imperatore Samnitibus dedito.

An sich dürften wir bei der sponsio unsern Ausgang zu nehmen haben von der Spende. Es ist aber begreiflich, daß bei einem foedus man sich, was den Gegenstand des Opfers anbetrifft, dem Brauche der Fetialen anschloß. Andererseits fanden aber auch Abweichungen statt, worauf ich sogleich zurückkommen werde.

k) Nach Liu. 9, 5 § 2 soll der caudinische Vertrag nicht foedere, sondern per sponsionem zustande gekommen sein. Hier ist foedere nicht gleich mit dem Inhalte des Bündnisses in Verbindung zu setzen, der keinen Gegensatz zum per sponsionem bilden würde. Wie uns per sponsionem auf die Handlung des spondere hinweist, so werden wir foedus von foedus ferire zu verstehen haben, als ob gesagt wäre foedere

feriendo. Von diesem foedus ferire ist auch gleich im § 3 die Rede und noch ausführlicher wird es uns geschildert Liu. 1, 24 §§ 4—8.

Das ferire wird in der Weise ausgeführt, daß der pater patratus das Opfertier durch einen Schlag mit dem heiligen silex tötet. Vorauf geht die precatio, d. i. die Verwünschung des Volkes, welches das Bündnis verletzen sollte. Und diese precatio lehnt sich wieder an den Bedingungen, die für das Bündnis die maßgebenden sind. Es heißt bei Liu. 9, 5 § 3: quid enim aut sponsoribus in foedere opus esset aut obsidibus, ubi precatione res transigitur, per quem populum fiat, quo minus legibus dictis stetur, ut eum ita Iuppiter feriat, quemadmodum a fetialibus porcus feriatur?

Livius ist bemüht, für die Ungültigkeit des Bündnisses einen zweiten Grund geltend zu machen, der dem Sakralrecht angehört. Darauf ist schon im § 1 hingewiesen, wo es von den Konsuln heißt: negarunt . . foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni.

Ohne Fetial soll also ein Bündnis nicht möglich sein. Ist das richtig?

Nach Liu. 1, 24 § 4 hat der König zu bestimmen, ob das Opfer stattfinden soll: fetialis regem Tullum ita rogauit: iubesne me, rex, cum patre patrato populi Albani foedus ferire? Erst iubente rege wird mit den Vorbereitungen begonnen. Warum hätte diesen Befehl nicht auch ein anderer in etwas anderer Weise ausführen können, wenn kein Fetiale zur Hand war?

In dieser Beziehung ist gleich verdächtig, daß Livius sich nicht auf das sine fetialibus beschränkt, sondern daneben andere feierliche Handlungen ausschließt. Es mag also daneben noch Feierlichkeiten anderer Art gegeben haben, wie solche Bündnisse abgeschlossen wurden, die Livius nicht gelten lassen will.

l) Von diesem Standpunkte aus verdient nun die eben angezogene Stelle aus Cicero eine nähere Betrachtung.

Es tritt uns hier entgegen ein edler Jüngling, welcher ein Schwein hält auf Befehl des Feldherrn. Davon ist beim Fetialenopfer keine Rede. Hier befiehlt der König auf Anfrage des Fetialen sofort das foedus ferire.

Zur Not ließe sich wohl der Jüngling beim Fetialopfer irgendwo unterbringen. Aber da Cicero gerade diese Handlung des Jünglings besonders hervorhebt, liegt es vielmehr näher, darin einen wesentlichen Bestandteil der Feierlichkeit zu erblicken.

Nun wird diese Auffassung wirksam unterstützt durch eine Reihe von Münzen, die uns ebenfalls einen Jüngling bringen, der ein Schwein hält. Von diesen verdient besondere Beachtung ein Denar, den Mommsen, Röm. Münzwesen S. 559 unter Nr. 169 näher beschrieben hat.

Auf der rechten Seite bietet uns das Gepräge des Denars folgendes Bild. 'Zwei Gepanzerte, der eine bartlos, der andere bärtig, mit Speeren und bloßen Schwertern in den Händen berühren mit den Schwertspitzen ein Schwein, das ein knieender Knabe hält'. Darüber ROMA. Eine Abbildung findet man z. B. bei Pfeiffer, Antike Münzbilder Tafel I n. 19. Die Handlung stellt dar einen Bündnisschwur: siehe Wissowa, Rel. u. Kultus der Römer S. 477 Anm. 7. Das Schwein ist das gewöhnliche Bundesopfer sowohl des völkerrechtlichen als des ehelichen Bundes: vgl. Varro r. r. II, 4 § 9 und dazu Preller, Röm. Mythologie Bd. 2³ S. 325 Anm. 3.

Auf der Kehrseite des Denars sind gegeben die Anfangsbuchstaben vom Namen des Münzmeisters mit Ti. Vet., die sich auflösen lassen und längst aufgelöst sind in Tiberius Veturius. Andererseits ist der caudinische Vertrag abgeschlossen von T. Veturius Caluinus und Sp. Postumius des Jahres 433/321. Was liegt näher, als den Münzmeister in Beziehung zu setzen zu dem T. Veturius Caluinus, der beim caudinischen Vertrag mitbeteiligt war? Der Münzmeister wird dem Hause der Veturii Caluini angehört haben, dem er durch diese Prä-

gung eine Ehrung erweisen wollte: vgl. Mommsen, Röm. Forschungen Bd. 1 S. 120.

Mommsen, Röm. Münzwesen S. 556 Anm. 284 läßt 'allenfalls' daneben die Möglichkeit gelten, daß vielmehr an einen andern von denselben Konsuln im Jahre 420/334 geschlossenen Vertrag zu denken sei, entscheidet sich dann aber Röm. Staatsrt. Bd. 1 ^{3} S. 251 Anm. 1 'mit Sicherheit' für den caudinischen Vertrag.

Die Prägung ist öfter nachgebildet worden, vorzugsweise haben Italiker diesen Denar nachgemünzt. Mommsen, Röm. Münzwes. S. 555 a. E. hat aus den verschiedenen Münzfunden 23 Münzen zusammengestellt. Mit den oskischen Münzen dieser Art beschäftigt sich Friedländer S. 11 n. 9; S. 16 n. 2; S. 81 n. 9—12; S. 86 n. 18. 19.

So läßt sich denn die Nachricht bei Cicero auf Grund dieser Münzen ergänzen. Gemeinsames Merkmal ist beiden: der Jüngling, welcher das Schwein hält. Bei Cicero befiehlt ein Feldherr. Auf den Münzen schwören zwei Krieger. Darin werden wir zu erblicken haben die beiderseitigen sich gegenüberstehenden Feldherren bzw. deren Vertreter. Daß der caudinische Vertrag in Gestalt einer Sponsion gekleidet wurde, ist nach Livius kaum zu bezweifeln. Livius bestreitet nur aus unzulänglichen Gründen, daß dieser Vertrag ein foedus war.

Es gibt demnach ein zweifaches Bündnis: ein Fetialenbündnis und ein feldherrliches. Den Inhalt des Fetialenbündnisses geben an die leges dictae bzw. renuntiatae, den Inhalt des feldherrlichen Bündnisses birgt die sponsio. Beide Bündnisse werden beschworen und somit dem Schutze des göttlichen Rechtes unterstellt: einerseits leisten den Eid die Fetialen, andererseits die Feldherren bzw. deren Vertreter. Das Opfer ist in beiden Fällen ein Schweineopfer.

m) Zum Schluß noch eine kurze Bemerkung betreffend das zeitliche Verhältnis zwischen internationaler und privatrechtlicher Sponsion. Man pflegt sich die Sache häufig so vorzustellen, als ob man bei der internationalen Sponsio auf die

privatrechtliche zurückgegangen sei. Eher könnte es sich damit umgekehrt verhalten. Denn ob es zu der Zeit, wo die internationale Sponsio bereits in Uebung war, schon eine klagbare Sponsion auf dem Gebiete des Privatrechts gab, ist mindestens zweifelhaft. Vgl. Mommsen, Röm. Forschungen Bd. 1² S. 337 Anm. 18.

9. Etymologie. III, 93.

Bei den Streitfragen, die sich um die sponsio angesetzt haben, spielt die Etymologie eine gewisse Rolle; namentlich sofern die sakralrechtliche Eigenschaft derselben in Frage steht. Nach Karlowa R. R. G. Bd. 2 S. 700 soll sogar 'als Argument für das in der sponsio steckende religiöse Element nur die Etymologie' übrig bleiben. Das ist jedenfalls zuviel gesagt.

Als Hauptstelle gilt Festus Th. 484: Spondere Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est uoluntate, promittatur. Deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait quod ⫞ σπονδάς interpositis rebus diuinis faciant.

Mitteis, Aus röm. u. bürgerl. Rt., Festgabe für Bekker, S. 112 ist von Verrius wenig erbaut. Er bemerkt zu dieser Stelle: 'Von einem Gewährsmann, der zwei verschiedene Erklärungen bei der Hand hatte, kann man nur das eine lernen, daß er nichts wußte'.

Darum könnte immerhin eine von beiden Erklärungen die richtige sein. Die erstere ist wohl Varro l. l. 6, 69 entlehnt. Mit dieser Stelle beschäftigt sich eingehend Köhm, Altlateinische Forschungen S. 36 flg. Vorzugsweise hat die zweite Erklärung Berücksichtigung gefunden. Mehr an Varro halten sich M. Voigt Ius nat. Bd. 4 S. 426 flg. und Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 699 flg.

Das überlieferte ⫞ wird für ii genommen. Darunter dürften dann Graeci oder die Brautleute zu verstehen sein. Bei den Griechen hieß die Verlobung freilich nicht σπονδαί, sondern ἐγγύη, ἐνγύησις. So werden wir denn durch σπονδαί mehr

allgemein auf einen Vertrag hingewiesen, der unter Darbringung eines Opfers vollzogen wurde. Als ein solcher Vertrag hat sich uns der internationale dargeboten. Von einem derartigen Vertrage schließt nun Verrius auf die Bezeichnungen sponsus und sponsa, die beide bei einem andern Vertrage beteiligt sind. Das Gemeinsame ist mithin der Vertrag. Weil aber als Begleiterscheinung der σπονδαί das Opfer genannt wird, könnte Verrius doch wohl vom Trankopfer seinen Ausgang genommen haben.

Die Begründung ist freilich eine etwas gewundene. Sie macht den Eindruck, als ob Verschiedenes ausgefallen sei. Mitteis bemerkt entrüstet: 'Und dies nennt sich ein Zeugnis für den sakralen Ursprung der Stipulation'. Zunächst handelt es sich doch nur um die Sponsio, von der auch Gajus III, 93 berichtet: dicatur a Graeca uoce figurata esse. Hauptsache ist jedenfalls der Satz, der eigentlich noch besser zu Gajus paßt: quod σπονδάς interpositis rebus diuinis faciant. Es wird uns hier die Tatsache berichtet, daß die Griechen beim Abschluß von σπονδαί Opfer darbrachten. Nun dient σπονδαί zur Bezeichnung von internationalen Verträgen und σπονδή bedeutet das Trankopfer. Also liegt es so fern nicht, bei einem derartigen Opfer an Trankopfer zu denken.

Bei wichtigen Verträgen, vor allen Dingen Bündnissen, mag man freilich schon frühzeitig zum blutigen Opfer übergegangen sein. Jedenfalls ward bereits bei Abschluß der caudinischen Sponsion ein Schwein geopfert: siehe Erkl. 8 unter II, 2 i. k. Ferner bezeugt Varro r. r. II, 4 § 9 bei Eingehung einer Ehe in Etrurien das Schweineopfer.

Zur Unterstützung der von Mitteis entwickelten Ansicht macht Wenger Z. R. G. Bd. 43 S. 410 auf eine 'sprachlich-sachliche' Ausführung von R. Meringer in der Z. Wörter und Sachen Bd. 1 S. 177 flg. aufmerksam. Sie lehnt sich an dem ἐπέσπενσε im Stadtrecht von Gortyn IV, 52 und ist gerichtet gegen Bücheler. Dieser erläutert: 'ἐπέσπενσε heilig

zusicherte, spopondit, weil einst mit σπονδή, wie schon Verrius erklärte'.

Meringer hält das Umgekehrte für richtig: σπένδω bedeutete 'zusichern', und weil dazu die Götter durch ein Trankopfer herbeigezogen wurden, nahm σπένδω den Sinn 'ein Trankopfer ausgießen' an. Und weiter: ἐπισπένδω heißt also 'zusichern', ἐπισπένδεσθαι 'sich zusichern lassen'. Das soll der älteste Sinn sein von σπένδω und σπένδεσθαι; jünger ist der attische Brauch, σπένδω im Sinne von 'Trankopfer darbringen' und σπένδεσθαι im Sinne von 'Vertrag schließen' zu verwenden.

Es kann nicht meine Aufgabe sein, über die Richtigkeit dieser sprachlich-sachlichen Ausführung abzuurteilen. Ich habe aber bei meinen verehrten Kollegen Delbrück und Sommer Erkundigung eingezogen. Nach Delbrück ist Meringers Ansicht 'lautlich bedenklich und begrifflich gar nicht einleuchtend'. Sommer schreibt mir darüber: 'Mir erscheint diese "Urbedeutung" von σπένδω nicht übermäßig einleuchtend. Es ist mir nach wie vor das Wahrscheinlichste, daß "Trankopfer darbringen" in dieser konkreten Wendung, die wirklich bezeugt ist, das Ursprüngliche darstellt, woraus sich die übertragene Bedeutung entwickelte. Die beigebrachten Stellen aus dem Gortyner Gesetz beweisen meines Erachtens nichts für die Annahme des umgekehrten Verhältnisses'.

Für Meringer hat sich erklärt Täubler, Imperium Romanum Bd. 1 S. 417. Auch bei Walde² S. 733 unter spondeo tritt für σπένδω die Bedeutung 'verspreche' in den Vordergrund.

Die Richtigkeit der Meringerschen Ansicht mag um so mehr dahingestellt bleiben, als die Urbedeutung eines Wortes als solche, wie auch Mitteis hervorhebt, für die Rechtsentwicklung keineswegs den Ausschlag gibt. Hier kommt nur die Bedeutung in Betracht, in welcher die Rechtsordnung das betreffende Wort wirklich genommen hat. Dabei wird sich die Rechtsordnung selbstverständlich an diejenige Bedeutung anlehnen, die das Wort zu der Zeit hatte, als es in der Rechts-

sprache Eingang fand; um Urbedeutungen, die vielleicht schon verschollen waren, kann es sich hier nicht handeln.

Nun spricht Hom. Il. 2, 341 im Hinblick auf einen Vertrag von σπονδαί τ' ἄκρητοι. Da können wir doch als Ausgangspunkt die ungemischten Versicherungen gar nicht gebrauchen, sondern müssen zurückgehen auf die ungemischten Weinspenden, die einem einfachen Vertrage erst rechtliche Bedeutung verschaffen, zunächst freilich nur in sakralrechtlicher Beziehung. Insofern paßt auch wieder die Erklärung von Verrius: quod .. σπονδάς interpositis rebus diuinis faciant.

Eine andere Stelle bei Festus bzw. Paulus Th. 41 besagt Consponsor coniurator.

Dem coniurare und conspondere sind wir schon im Begleitschreiben zum Senatsbeschlusse über die Bacchanalien Bruns-Gr.[7] n. 36 Zle 13 begegnet: siehe Erkl. 7. Mitteis S. 111 hebt hervor, daß diese Begriffe hier gerade getrennt erscheinen; und schon Girard-von Mayr S. 529 Anm. 2 hat bemerkt, daß der Senatsbeschluß den Eid von der sponsio deutlich unterscheide.

Was soll aber dieses Getrenntsein, diese deutliche Unterscheidung beweisen? Weil wir dem conspondere im Senatsbeschluß mitten unter vier sakralrechtlichen Verpflichtungen begegnen, liegt es nahe, das conspondere ebenfalls zum Sakralrecht in Beziehung zu setzen. Und um deswillen hätten wir kaum nötig, einen Widerspruch zwischen diesem Senatsbeschluß und der Stelle aus Festus bzw. Paulus anzunehmen. Es gab verschiedene Formen von Eiden. Das coniurare läßt sich von einer einfachen Eidesleistung verstehen, während beim conspondere eine Verbindung von Eid und sonstiger Handlung anzunehmen wäre.

10. Anhaltspunkte für die sakralrechtliche sponsio. III, 93. 94.

Es hat sich uns dargeboten ein Gegensatz von ὅρκια und σπονδαί. Die ersteren sind die feierlichen Bündnisse, die

beschworen wurden. Am wirksamsten ruft man die Götter an durch Blutopfer, daneben wird auch der Weinspenden gedacht.

Mehr untergeordneter Art sind die σπονδαί, die von den Feldherren abgeschlossen wurden. Geopfert wurde aber hierbei ebenfalls. Verrius berichtet nach Festus: σπονδάς interpositis diuinis faciant. Mit σπονδή bezeichnete man die Weinspende. Sofern es sich hier um Verträge mehr untergeordneter Art handelt, wird man sich mit bloßem Trankopfer begnügt haben. Später ist dieses Trankopfer überflüssig geworden.

Dem Gegensatz von ὅρκια und σπονδαί entspricht bei den Römern nicht ganz der Gegensatz von foedus und sponsio: wenigstens insofern nicht, als damit nicht gleichzeitig der Gegensatz von Blut- und Trankopfer gegeben wäre. Beim foedus tritt uns das Blutopfer entgegen, selbst wenn es auf dem Wege der sponsio zustande kam. Dafür legt Zeugnis ab die pax Caudina. Einem conspondere begegnen wir beim S.C. de bacchanalibus Zle 13 auf dem Gebiete des Sakralrechtes mitten unter andern sakralrechtlichen Verpflichtungen. Ferner wird bei Festus bzw. Paulus consponsor durch coniurator erläutert. So ist denn auch die sakralrechtliche Eigenschaft dem conspondere auf dem Gebiete des Sakralrechtes nicht fernzuhalten.

Aber die sakralrechtliche Sponsio erscheint in unserer Ueberlieferung nur mehr als ein Trümmerfeld, doch auch diese Trümmer verlangen eine Erklärung.

Eine Nachwirkung der einstmaligen sakralen Eigenschaft hat sich insofern erhalten, als das Spondesne? Spondeo nicht als ein gewöhnliches, sondern als ein den Willen stärker bindendes Versprechen uns noch bei Cicero und Seneca entgegentritt: siehe darüber Erkl. 13.

11. Die weltliche sponsio auf dem Gebiete des Privatrechts. Karlowas Auffassung. III, 92. 93.

Die Ansicht, daß die sponsio sakralrechtlichen Ursprunges sei, hatte sich schon mehr und mehr festgesetzt. Außer Leist,

auf den ich bereits vielfach Bezug nahm, hatten sich dafür namentlich ausgesprochen: Pernice, Zum römischen Sakralrechte I S. 17; Mommsen, R. Staatsrt. Bd. 1³ S. 235 Anm. 2. Dagegen erklärte sich aber Karlowa, R.R.G. Bd. 2 S. 700 flg.

Karlowa nimmt seinen Ausgang von der privatrechtlichen sponsio.

Karlowa räumt ein, daß es dem Privatverkehr angehörige Geschäfte gebe, welche eine religiöse Seite haben. 'Warum aber dahin das unter Bürgern desselben Staats abzugebende Versprechen, eine Summe Geldes zu geben, gehören sollte, ist nicht abzusehen'. Nach Karlowa 'würde eine derartige Anschauung auf das Bündigste durch das Nexum widerlegt werden, denn das Nexum ist, wie man es auch auffassen möge, ein Geschäft, welches gar nichts von irgendwelchem religiösen Element enthält und doch die kräftigste Gebundenheit des Schuldners bewirkt'.

1. Diesem Standpunkte gegenüber möchte ich einen kurzen Ueberblick über das alte Obligationsrecht einschieben, wie wir uns dasselbe etwa zu Zeiten der Zwölftafeln vorzustellen haben.

Uralt ist die Deliktsobligation, die scheidet hier aus.

Abzusondern sind ferner die Verpflichtungen dem Staate gegenüber. Sie erscheinen unter dem Gesichtspunkte der Auflage. Bei öffentlichrechtlichen Verpflichtungen genügt einseitige Auflage: so beim Tributum, der Aushebung, der Multa. Beim Rechtsgeschäfte zwischen dem Staate und dem Einzelnen darf die Zustimmung des letzteren nicht fehlen. Vgl. Festus (Paulus) unter Praes Th. 279 und dazu Societas publ. S. 206. 209. 382; Festus (Paulus) unter Manceps Th. 139 und dazu Soc. publ. S. 84. 105. 209.

Die staatliche Auflage wurde aber auch benutzt, um Forderungen für Einzelne zu begründen. Hierher gehört nach IV, 27 das aes hordiarium. Den einzelnen Rittern wurden die Witwen zugeteilt, welche das Kupfer für das Pferdefutter zu zahlen hatten. Vgl. Karlowa, Röm. Zivilprozeß S. 209.

Nach IV, 28 gewährte die lex censoria dem publicanus

das Recht, von dem auf die gemeine Weide getriebenen Vieh Abgaben zu erheben und sich die Einzelnen selber zu verpflichten. Insofern entstanden Forderungen des Pächters gegen die Benutzer der Weide. Vgl. Festus unter Scripturarius Th. 492 und dazu Soc. publ. S. 95.

Beim nexum mancipiumque begegnen wir im Zwölftafelrechte VI, 1 dem Satze: uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

Hier haben wir allerdings eine Verpflichtung unter Römern, aber in Anlehnung an ein anderes Rechtsgeschäft, z. B. an eine Eigentumsübertragung.

Sodann fragt sich: wie ist der Satz zu verstehen? Alles Beliebige konnte nicht wirksam nuncupiert werden. Es gab keine allgemeine Nuncupationsklage. Wir sind vielmehr auf eine Reihe einzelner Klagen, wie sie sich entwickelt hatten, angewiesen.

Ein Beispiel liefert die actio de modo agri. Vgl. Paul. 2, 17 § 4: si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta conuenitur. Und hier bildet den Ausgangspunkt das mentiri. Ueber die Deliktsobligation ist man noch gar nicht hinausgekommen. Die Verpflichtung als solche bleibt im Hintergrund. In den Vordergrund tritt die Strafe: wer unwahre Angaben macht, haftet aufs Doppelte.

Nicht viel anders verhält es sich mit dem damnas esto. Verpflichtungen desjenigen, dem manzipiert wurde, konnten durch ein damnas esto hervorgerufen werden. Ein Beispiel liefert das Damnationslegat. Vgl. II. 282: si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur. Hier tritt ebenfalls die Strafe in den Vordergrund: dafür, daß jemand vor Gericht die Wahrheit nicht gesagt hat, wird er bestraft.

2. Mit großem Nachdruck weist Karlowa für seine Auffassung auf das Nexum hin. Dasselbe soll nichts von irgendwelchem religiösen Element enthalten. Ist das so sicher? Was

uns in bezug auf das Nexum überliefert worden, ist höchst lückenhaft: vgl. Bekker, Z. R. G. Bd. 43 S. 30 flg. Es könnte also sehr wohl sein, daß diese Lücken sich auch mit dem Sakralrecht beschäftigt hätten. Vgl. z. B. Leist, G. J. R. S. 474 flg.; Alt-Arisches J. G. S. 464 flg.

Indessen — davon abgesehen. Was beweist denn das Nexum? Zunächst handelt es sich nur um eine Verpflichtung, die sich anlehnt an ein anderes Rechtsgeschäft: die Uebertragung von Eigentum. Sodann ist der alte Grundgedanke, das Tauschgeschäft, noch keineswegs verlassen. Auf der einen Seite wird das Kupfer zugewogen, die Gegenleistung besteht im Schuldner selber: wenn er nicht zu rechter Zeit dem Gläubiger das Kupfer zurückzahlt, ist er ihm mit seiner Person verfallen. Das kann und will ich hier nicht näher ausführen, dazu wird sich später schon Gelegenheit darbieten. Hier genügt die Bemerkung: daß der Gläubiger in erster Linie nur ein Recht auf den Körper des Schuldners hat, und die Rückzahlung des Darlehns nicht als eine Verpflichtung, sondern vielmehr als eine Befugnis des Schuldners erscheint.

3. Um der sponsio eine sakralrechtliche Eigenschaft beilegen zu können, müßte man nach Karlowa sie schon 'in ganz fabelhafte Zeiten zurückversetzen'.

Etwa in die Zeit der Arier? Wäre denn das so fabelhaft? Vielleicht ist ein so weites Zurückgehen gar nicht einmal nötig. Karlowa hat sich überhaupt auf einen viel zu beschränkten Standpunkt gestellt, indem er gleich vom Privatrecht seinen Ausgang nahm. Es könnte sehr wohl die internationale sponsio ihre sakrale Eigenschaft schon verloren gehabt haben, als sie im privatrechtlichen Verkehr Eingang fand und hier Klagen hervorrief.

4. Auf alle Fälle hat sich mit der klagbaren sponsio auf dem Gebiete des Obligationenrechts ein gewaltiger Fortschritt vollzogen. Wir haben hier vor uns eine auf einem von Privatpersonen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte beruhende Obligation, die sich nicht an ein anderes Rechtsgeschäft anlehnt, sondern

auf eignen Füßen steht und Klage erzeugt. Von einer solchen Rechtsbildung war man zur Zeit der Zwölftafeln noch weit entfernt, wie die vorgeführten Beispiele dartun. Mithin wird sie jünger sein als als das Zwölftafelrecht. Das rechtsgeschäftliche Obligationenrecht lag damals noch in seiner Kindheit.

5. Man hat freilich auf Grund der Zwölftafeln VII, 8^b = Paulus libro sexto decimo ad Sabinum fr. 5 ne quid in loco publ. 43, 8 schon für die Zeit der Zwölftafeln das Vorhandensein einer Stipulationsklage behauptet. Die Stelle lautet: Si per publicum locum riuus aquae ductus priuato nocebit, erit actio priuato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino caueatur.

Was zunächst den Text anbetrifft, so hat Cujas Bd. 5 Sp. 647 caueatur in sarciatur umgeändert auf Grund einer Basilikenhandschrift, die jetzt verloren: siehe darüber Bas. lib. 58 tit. 8 Anm. Heimbach Bd. 5 S. 202. Ihm haben sich angeschlossen Mommsen, Paul Krüger, Lenel, Palingenesie Bd. 1 Sp. 1292; auch Bruns in seinen Fontes, während Schoell am caueatur festhielt. Mommsen stützt sich zugleich auf ein ca'r'ueatur der Florentiner und ein caruiatur einer Pariser Handschrift. Indessen der fragliche Buchstabe der Florentiner HS. ist durchstrichen: ꝶ Und wie es nach dem codex Florentinus phototypice expressus den Anschein hat, gleich vom ersten Schreiber. Dies nimmt auch Mommsen an. So wird man wohl mit mehr Recht auch die Florentiner HS. für die Lesart caueatur in Anspruch nehmen können, so daß diese Lesart als gesichert gelten könnte.

Wenn aber auch caueatur den Vorzug verdient, so ist damit noch nicht notwendig die Stipulationsklage gegeben. Cauere bedeutet in späterer Zeit zwar häufig genug: sich stipulationsweise versprechen lassen. Aber zunächst heißt es doch: etwas abwenden. Vgl. Cato de agricult. 5, 7: scabiem pecori et iumentis caueto. Wir befinden uns hier auf dem Gebiete der aquae pluuiae arcendae actio: vgl. Lenel, Paling. n. 1890. Und von diesem Standpunkte aus hat die

Stelle unter Beibehaltung des caueatur schon eine gute Erklärung gefunden bei Burckhard, Forts. Bd. 3 S. 54. Daneben hält Burckhard Bd. 3 S. 55 eine andere Möglichkeit für wahrscheinlich, die mir freilich ferner zu liegen scheint: 'statt caueatur zu lesen arceatur'. Das sarciatur ist nach Burckhard Bd. 3 S. 53. 54 sachlich unhaltbar. In dieser Beziehung hat er seine Forts. Bd. 2 S. 86 ausgesprochene Ansicht geändert.

12. Fortsetzung. Die Auffassung von Mitteis.

Auch Mitteis, Festgabe für Bekker, Aus röm. und bürg. Rt. S. 109 flg. bestreitet die sakrale Eigenschaft der sponsio. Aber in verschiedenen Tonarten, so daß es nicht leicht wird, seine Auffassung genau wiederzugeben.

1. S. 112 denkt er nicht daran, 'die etymologische Verwandtschaft von spondere und σπένδειν bestreiten zu wollen'.

2. S. 113 folgt ein weiteres Zugeständnis.. 'Wenn jemand durchaus daran festhalten wollte, es müsse einmal bei der Sponsion des ältesten Privatrechts ein Trankopfer stattgehabt haben, so kann man die Entscheidung dieser allem Anschein nach doch für alle Zeiten unlösbaren Frage ruhig dahingestellt sein lassen und zwar deswegen, weil es darauf gar nicht ankommt. Denn nicht die äußeren Zeremonien sind das Wesentliche an der Geschichte der Sponsion, sondern der juristische Zweck und Inhalt derselben. Ueber diesen ist aber mit der Feststellung eines bloßen Zeremoniells gar nichts gesagt, selbst dann nicht, wenn man demselben eine religiöse Bedeutung beimißt: denn es bleibt auch im letztern Fall immer noch die Möglichkeit, daß diese eine bloß adminikulierende ist und für die Rechtsordnung als solche keinen selbständigen Wert hat.'

Darauf erwidere ich: Eid und Opfer sind kein bloßes Zeremoniell. Mitteis S. 112 sagt selber: 'Rechtsungültige Geschäfte werden allerdings um so lieber beschworen, um ihnen wenigstens moralische Kraft zu verleihen'.

Sind denn Moral und Rechtsordnung zwei Gebiete, die sich einander feindlich gegenüberstehen? Es ist doch keineswegs eine Seltenheit, daß ein Gebot der Moral sich zu einem Rechtssatze gestaltet. Das trifft noch für die Gegenwart zu. Ich erinnere nur an BGB. § 826 und die Entwicklung, welche sich diesem Paragraphen angeschlossen hat.

3. Das ist gar nicht nötig, daß bei der Sponsion des ältesten Privatrechts ein Trankopfer stattgefunden habe. Dieses Trankopfer mag schon bei der internationalen sponsio zum Teil in Wegfall gekommen sein. Entscheidend ist, ob wir das Rechtsgeschäft der sponsio überhaupt mit dem Sakralrecht in Verbindung bringen dürfen. Und dafür haben wir Anhaltspunkte bei der internationalen sponsio sogar in dem Schweineopfer vor uns.

Das räumt ja Mitteis im allgemeinen selber ein. Er sagt S. 134: 'daß Gelöbnisse bei den Göttern auch für den Peregrinen verbindlich sind, ist ja selbstverständlich und wird von Gajus gerade für den Fall des Friedensschlusses offenbar vorausgesetzt: denn bei diesem ist sakrale Bekräftigung üblich. Letzteres zeigt auch, daß für das Wort spondeo nicht etwa bloß römische Götter empfänglich sind'.

4. Freilich wird dieser Satz von Mitteis zu einer ganz eigentümlichen Art von Beweisführung benutzt.

Er betrachtet, ebenso wie Karlowa, die privatrechtliche sponsio als ein für sich dastehendes Rechtsgeschäft. Dieser stellt er als ein anderes selbständiges Rechtsgeschäft die internationale sponsio gegenüber. Bei letzterer wird zwischen Römern und Peregrinen nicht unterschieden. Bei der privatrechtlichen ist das Wort spondeo 'im Munde der Peregrinen zu Gift' geworden. 'Unter den vielen Tatsachen, welche mit dem sakralen Ursprung der Stipulation unvereinbar sind', soll diese 'wohl eine der schwerwiegendsten' sein.

Wir stoßen hier freilich auf die Stipulation. Indessen Stipulation und Sponsion gebraucht Mitteis promiscue, ich werde gleich darauf zurückkommen.

Also wäre der Gedankengang bei Mitteis etwa folgender. Internationale und privatrechtliche sponsio sind grundverschiedene Dinge. Insonderheit ist der Peregrine von der privatrechtlichen sponsio ausgeschlossen, während er bei der internationalen als mittätig erscheint. Deshalb dürfen Grundsätze, welche für die internationale sponsio gelten, auch nicht auf die privatrechtliche übertragen werden.

Weshalb sind denn internationale und privatrechtliche Sponsion grundverschiedene Dinge? Beide Male haben wir einen Vertrag vor uns, beide Male dieselbe Form: das sieht doch nicht aus nach Grundverschiedenheit. Eher will es mir vorkommen, als ob die privatrechtliche Sponsion deshalb von der internationalen isoliert worden, um damit eine eigenartige Behandlung der privatrechtlichen Sponsion rechtfertigen zu können.

5. Meine Schlußfolgerung ist vielmehr diese. Bei der internationalen sponsio sind sowohl Römer wie Peregrine tätig. Mithin sind beide an sich der sponsio fähig. Wenn gleichwohl eine sponsio zwischen Römern und Peregrinen auf privatrechtlichem Gebiete nicht gestattet wurde, so muß das auf besonderer Bestimmung beruhen.

Früher ist dies auch einmal anders gewesen. Wenigstens haben die Latiner unter sich das spondes? spondeo auch in privatrechtlichen Verhältnissen zur Anwendung gebracht, indem sie aus dem in dieser Weise abgeschlossenen Verlöbnisse eine Klage gewährten. Vgl. Gell. n. a. 4, 4 §§ 1. 2 und dazu Mommsen, Symbolae Beth.-Hollwegio oblatae pag. 99 = Ges. Schr. Bd. 2 S. 89. Dieser Zustand erreichte seine Endschaft, als ganz Latium mit dem römischen Bürgerrechte bedacht wurde. Dies geschah durch die lex Iulia vom Jahre 664/90: Gell. n. a. 4, 4 § 3. Vor diesem Zeitpunkte werden wir demnach nicht annehmen dürfen, daß die privatrechtliche sponsio etwas den römischen Bürgern Eigentümtümliches war.

Die Verlöbnisklage der Latiner erreichte im Jahre 604/90

ihre Endschaft, weil damals aus römischen Verlöbnissen keine Klage gegeben wurde. Noch später war unter Römern ein Verlöbnis im allgemeinen nicht bindend: c. 1 de sponsalibus 5, 1 vom Jahre 293; c. 5 § 6 ebenda vom Jahre 472.

Damit verhielt es sich aber auch einmal bei den Römern anders. Vgl. Varro l. l. 6, 71: qui spoponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte eius, id est de uoluntate, exierat; non enim, si uolebat, dabat, quod sponsu erat alligatus . . quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur. Hiernach genoß das Verlöbnis eines doppelten Schutzes: von seiten des Prätors und des Censors. Von seiten des Prätors, der sich dabei an ein Gesetz anlehnte, vermutlich durch Gewährung einer Klage. Wie im übrigen dieser Schutz beschaffen gewesen sein mag, wissen wir freilich nicht. Aus diesem Grunde dürfen wir uns aber nicht einfach über die fragliche Nachricht hinwegsetzen.

Wenn aber auch einmal unter Römern die Verlöbnisse klagbar waren, diese Klage aber im Jahre 664/90 nicht mehr stattfand, so muß das ebenfalls seine besonderen Gründe gehabt haben. Karlowa R.R.G. Bd. 2 S. 177 denkt dabei an eine Rückwirkung der aufkommenden Scheidungsfreiheit auf das Verlöbnisrecht. Mitteis, Röm. Pr.rt Bd. 1 S. 7 Anm. 13 nimmt freilich einen Widerspruch an zwischen Gellius und Varro. Vgl. sonst noch M. Voigt, Ius nat. Bd. 2 S. 234 Anm. 246; Beilage XIX Anm. 116; Bd. 3 S. 740 Anm. 1204; XII Tafeln Bd. 2 S. 683 Anm. 12; Pernice, Sakralrecht II S. 26 Anm. 6.

6. Schon Bd. 1 S. 93 habe ich meine Ansicht über den Entwicklungsgang der sponsio unter Berufung auf Gell. n. a. 4, 4 dahin angedeutet: daß sie sich nicht immer auf römische Bürger beschränkte und diese spätere Einschränkung auf Rom zurückgehen werde.

Es wird sich mit dem ius proprium ciuium Romanorum ähnlich verhalten wie mit dem ius gentium.

Die Entstehung des ius gentium ist nicht bloß in der Weise vor sich gegangen, daß römisches Recht auf Peregrinen übertragen wurde; es wird auch fremdes Recht in Rom Fuß gefaßt haben. Siehe Bd. 1 S. 94.

Andererseits könnte das römische Sonderrecht nicht immer schon von Anfang an diese Eigenschaft gehabt, sondern ursprünglich in einem weitern Umfange, z. B. in ganz Latium, gegolten, die Eigenschaft eines römischen Sonderrechtes aber dadurch erlangt haben, daß die Latiner das römische Bürgerrecht erlangten.

Ein Beispiel hierfür scheint das Verlöbnis darzubieten. Das klagbare Verlöbnis war einmal eine Einrichtung, die auch für Rom in Betracht kam. Dann kommt die Verlöbnisklage für Rom in Wegfall; es entsteht auf diese Weise in Rom Latium gegenüber ein Sonderrecht. Mit dem an ganz Latium erteilten römischen Bürgerrechte erweitert sich dann wieder dieses römische Sonderrecht. So schon Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 178.

Egon Weiß, Studien zu den römischen Rechtsquellen S. 26 knüpft an den Satz in III, 93: ceterae uero . . inter omnes homines, siue ciues Romanos siue peregrinos ualent diese Schlußfolgerung: 'Demnach will der Schriftsteller von der sponsio nicht die Latiner, sondern die Peregrinen ausschließen'. Meines Erachtens dürfte aber das omnes homines gebieterisch fordern, den Peregrinen auch die Latiner zuzuzählen. Wir haben hier also einen jener Fälle vor uns, 'wo in der römischen Litteratur Latinisches als peregrin bezeichnet bezeichnet wird'. Ob das immer zutrifft, ist eine andere Frage. Und daß in dieser Beziehung Vorsicht geboten sei, wird man Weiß unbedenklich zugeben können.

Auf alle Fälle hat die Verleihung des römischen Bürgerrechtes viel dazu beigetragen, dem römischen Sonderrechte ein weites Gebiet zu gewinnen. Dies wird auch der sponsio zugute gekommen sein. Und wenn sie beschränkt worden ist auf den Verkehr der Römer untereinander, so könnten in

dieser Beziehung die sprachlichen Verhältnisse von Einfluß gewesen sein.

7. Von Haus aus ist die internationale und privatrechtliche sponsio ein und dasselbe Rechtsgeschäft. Die Teilnahme der Peregrinen ist nicht bloß zugelassen, sondern für die internationale sponsio sogar notwendig. So entsprechen denn auch der sponsio die griechischen σπονδαί. Und wiederum wird beides zusammenhängen 'mit jener alt-indischen Sitte des Wasserausgusses zur Bekräftigung eines geschlossenen Vertrages': Leist, Alt-Arisches J. G. S. 465.

Die sponsio ist demnach gar keine eigene römische Schöpfung, sondern uraltes arisches Recht, das nicht bloß in Rom, sondern auch anderswo gegolten hat. Die römische Zutat ist das spondes? spondeo, welcher Sprache bei der internationalen sponsio sich auch die Fremden bedienten. Auf dem Gebiete des Privatrechtes verstand man aber diese Zutat dahin, daß nur Römer derselben fähig seien. Damit haben wir ein Stück römisches Sonderrecht, das sich von einem allgemeineren, auch Peregrinen zugänglichen absonderte.

Diese Absonderung ist indessen auch wieder verschwunden.

Dies ergibt zwar noch nicht Paul. 2 ad ed. fr. 7 de uerb. sign. 50, 16: 'Sponsio' appellatur non solum quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque. Denn hier wird die Begriffsbestimmung der sponsio Erläuterung und Erweiterung eines ediktalen Ausdruckes sein, der die Vadimonien betraf: Lenel, Z. R. G. Bd. 15 S. 39.

Aber in einer späteren Zeit ist die sponsio den Peregrinen wieder zugänglich geworden. Jedenfalls seit dem Gesetze Kaisers Leo, c. 10 de contr. stip. 8, 37 vom Jahre 472, wo alle Ausdrucksformen allgemein für genügend erklärt wurden.

8. Wie ich schon angab, gebraucht Mitteis Sponsion und Stipulation promiscue. Die Abhandlung ist überschrieben 'Ueber die Herkunft der Stipulation'. Da aber das klassische Recht auf privatrechtlichem Gebiete scharf zwischen

Sponsion und Stipulation unterscheidet — indem die eine dem römischen Sonderrecht, die andere dem ius gentium überwiesen wird — ist es meines Erachtens für eine geschichtliche Untersuchung richtiger, beides zunächst ebenfalls auseinanderzuhalten.

Ich habe mich daher zuvörderst auf die sponsio beschränkt und werde noch eine Weile bei derselben stehenbleiben müssen, weil noch ein Hauptpunkt zu erledigen ist.

Ich nehme allerdings sakralrechtlichen Ursprung der sponsio an. Aber schließlich hat die sponsio doch die sakrale Eigenschaft abgeworfen; es hat sich eine weltliche sponsio entwickelt, die namentlich für das Privatrecht Bedeutung gewonnen hat. Wie ist das geschehen?

Mitteis leugnet den sakralrechtlichen Ursprung und setzt gleich bei dem Privatrecht ein. Die Sponsio-Stipulatio soll aus prozessualischen Kautionen hervorgegangen sein. Näher wird an die Bürgschaft angeknüpft, indem Mitteis ein Hauptgewicht darauf legt, daß sponsor nur in der Bedeutung von Bürge vorkomme.

Zu dieser Auffassung ist jetzt noch von mir Stellung zu nehmen. Nur entfällt für mich die Frage nach dem Ursprung der sponsio im allgemeinen. Ich habe vielmehr die Frage zu beantworten: wie mag der Uebergang von der sakralrechtlichen zur rein weltlichen, insonderheit der privatrechtlichen vor sich gegangen sein?

13. Schluß. Eigene Auffassung.

Zuvörderst wird die sponsio mit Trankopfer auf dem rein sakralrechtlichen Gebiete entstanden sein. Anhaltspunkte hierfür gewährt uns noch das S.C. de Bacchanalibus: siehe Erkl. 7.

Daneben kommt in Betracht das von sakralen Vorstellungen stark beeinflußte internationale Recht. Die internationalen Verträge werden bekräftigt durch Eid und Trankopfer. Hierfür sprechen nicht bloß Stellen aus Festus, sondern auch die Analogie der griechischen σπονδαί. Vgl. Erkl. 8.

Bei diesen internationalen Verträgen scheint sich aber schon die Entwicklung vollzogen zu haben, die Leist, G. J. R. S. 468 sich so vorstellt: 'der Spendeakt wird nicht ausgeführt, sondern es wird nur gesagt, er werde ausgeführt'. So gelangen wir zu der Verbalobligation spondesne? spondeo ohne sakralrechtliche Zutat.

Trotzdem oder vielmehr infolgedessen hat sich eine Nachwirkung der einstmaligen sakralen Eigenschaft erhalten: das spondesne? spondeo ist kein gewöhnliches Versprechen, sondern ein den Willen stärker bindendes; wir können etwa unsere heutige Versicherung an Eides Statt zum Vergleiche heranziehen.

So findet sich noch bei Cic. Phil. 5, 18 § 51 folgende Steigerung: promitto, recipio, spondeo. Und bei Seneca ep. 19, 1 heißt es: Exulto, quotiens epistulas tuas accipio . . iam non promittunt de te, sed spondent.

Ich habe diese Stellen entnommen Mitteis S. 135 Anm. 1, der darin 'eine Erinnerung an sakrale Kraft' freilich nicht finden will. Auch könne man nicht annehmen: 'daß eine dunkle Erinnerung aus jener Urzeit bis in die Tage des Gajus fortgelebt hat'.

Das letztere ist vielleicht gar nicht einmal nötig. Andererseits wäre doch sehr begreiflich, daß eine Versicherung, die einmal von einem Trankopfer begleitet war, nach dessen Wegfall eine erhöhte Bedeutung behalten hätte. Und diese erhöhte Bedeutung steht fest für die Zeit Ciceros und Senecas. Der Briefwechsel Senecas begann um 810/57. Wie erklärt denn Mitteis diese Erscheinung? Er verweist uns auf die Verurteilung ins Doppelte bei der depensi actio, was man doch kaum als ausreichende Erklärung betrachten kann.

Nach Mitteis S. 109 soll die Stipulation, und somit auch die Sponsion, hervorgegangen sein 'aus prozessualischen Kautionen'. Dies wird S. 114 weiter beschränkt auf 'die Bürgenstellung im Prozeß'; es werden 'ziemlich deutliche Parallelismen' behauptet mit 'den praedes und uades des alten Rechts'. S. 117. 118 wird als 'auffallende Erscheinung'

vorgeführt: 'daß das Substantivum sponsor nicht den Sponsionsschuldner schlechthin bedeutet, sondern den Bürgen'. S. 120 tritt uns die Frage entgegen: 'ob es nicht eine Zeit gegeben hat, wo das spondere eben bloß eine Tätigkeit des Bürgen darstellt'. Und S. 124 wagt Mitteis die Hypothese: 'daß die Sponsion nichts ist als die umgebildete, von ihrem ursprünglichen prozessualen Boden losgelöste Selbstbürgschaft'.

Der Auffassung, daß der Ursprung der klagbaren sponsio auf dem Gebiete des Prozesses zu suchen sei, stehe ich nicht ferne; stelle mir die Sache aber doch etwas anders vor als Mitteis.

Die sponsio tritt uns insonderheit auf dem Gebiete des Privatrechtes in doppelter Gestalt entgegen: einerseits wird sie abgeschlossen vor dem Magistrate bzw. mit dessen Erlaubnis; andererseits erfolgt der Abschluß außergerichtlich bzw. ohne Erlaubnis des Magistrates. Die eine Sponsion dient der Abwickelung von Streitigkeiten, die andere in erster Linie dem Verkehrsbedürfnisse. Ich will die eine die Streitsponsion, die andere die Verkehrssponsion nennen.

Das höhere Alter schreibe ich der Streitsponsion zu. Dafür spricht, daß man bei diesem Rechtsgeschäfte ohne alle Zeugen fertig wurde. Die Gegenwart der Zeugen ersetzte zunächst der Magistrat. Vgl. Mitteis S. 131.

I. Demnach wird die Streitsponsion zunächst in Angriff zu nehmen sein. Sie hat schon eine Vorgeschichte: siehe darüber Keller, Semestria S. 6 flg.; Hartmann-Ubbelohde, Gerichtsverfassung S. 105 flg.; Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 246 flg.

1. Es war alte römische Volkssitte, daß jemand, der mit einem andern in Streit geraten war, diesem den Vorschlag machte, die Sache durch Richterspruch aus der Welt zu schaffen; und zwar schlug der Betreffende den Richter entweder selbst vor oder forderte den andern auf, einen solchen Richter zu ernennen. Das Richtervorschlagen heißt iudicem ferre; sollte

der Gegner den Richter ernennen, sprach man von einem iudicem dicere.

Bei Liu. 3, 24 § 3, einem Vorgang aus dem Jahre 295/459, heißt es: A. Cornelius et Q. Seruilius quaestores M. Volscio, quod falsus haud dubie testis in Caesonem extitisset, diem dixerant. Der erste Fall, daß das falsum als Verbrechen verfolgt wird. Später § 5 wird fortgefahren: nisi ita esset, multi priuatim ferebant Volscio iudicem.

Im Prozesse der Verginia, welcher freilich erfunden sein könnte, vgl. Mommsen, Röm. Forschungen Bd. 1² S. 299, gestattet der Tribun Verginius als Ankläger dem Appius Claudius, bevor es zum Strafprozesse komme, einen Richter zu ernennen, der über die Anklage entscheide. Liu. 3, 56 § 4: nisi iudicem dices te ab libertate in seruitutem contra leges uindicias non dedisse.

Vgl. ferner Plautus Rudens 3, 4 u. 7. 8 (712. 713): cedo De senatu Cyrenensi quemuis opulentum arbitrum. Ebenda 5, 3 u. 24 (1380): Cedo quicum habeam iudicem.

Einem solchen Vorschlage konnte sich derjenige, dem derselbe gemacht wurde, nicht leicht entziehen, weil er dann befürchten mußte, in der Achtung seiner Mitbürger zu sinken. Insofern haben wir die Willensbindung.

2. Auch konnte die den Willen bindende Kraft verstärkt werden durch Pfandsetzung.

Der den Vorschlag Machende bot für die Richtigkeit seiner Behauptung eine Sache zum Pfande an, die dem andern verfallen sein solle, wenn er unrecht habe; wogegen der andere ebenfalls ein Pfand unter der entgegengesetzten Bedingung zu bieten hatte.

So wird Plaut. Casina prol. 75—77 eine Urne Met als Pfand angeboten:

> id ni fit, mecum pignus si quis uolt dato
> in urnam mulsi, Poenus dum iudex siet
> uel Graecus adeo, uel mea causa Apulus.

Bei Plaut. Ep. 5, 2 u. 35. 36 (700. 701) wird ein

Talent als Pfand angeboten und als Gegenpfand nur ein Sesterz verlangt:

ni ergo matris filia est,
in meum nummum, in tuom talentum pignus da.

Das ist das pignore certare, welches wiederum eine gewisse Verwandtschaft mit dem Eide verrät: vgl. Hirzel, Eid S. 28 flg., S. 214.

Kam es dabei zu einem Richterspruche, so hatte der Richter nicht bloß darüber zu entscheiden, wessen Behauptung die richtige, sondern auch, wessen Pfand verfallen sei.

3. Hier sehen wir nun gleichfalls unsere sponsio eingreifen. Der eine bot dem andern an, eine sponsio über eine Summe, z. B. 25 Sesterzen, abzuschließen, zu deren Zahlung sich der Angegangene verpflichten solle, falls er im Unrechte sei.

Das ist das sponsione prouocare, wo sponsione als Dativ zu nehmen. Vgl. Sommer, Lat. Lautlehre² S. 373: 'die Zwischenstufe -ē . . als orthographische Altertümlichkeit häufig bewahrt in stehenden Wendungen'. Kam es dann zu einem Urteile, so entschied dasselbe zugleich über den Hauptstreitpunkt.

Auf diese Weise konnten alle möglichen Fragen, auch solche, die mit dem Privatrecht gar nichts zu tun hatten, zum Austrag gebracht werden. Und dieses Mittels bedienten sich nicht bloß Privatpersonen untereinander, sondern auch Magistrate, sowohl unter sich als Privatpersonen gegenüber. Ferner geschah das sponsione prouocare nicht bloß mit einem bestimmten Gegner, sondern konnte auch allgemein in Gestalt einer Auslobung erfolgen. Daneben war Gelegenheit, für Richterbestellung zu sorgen.

Liu. 39, 43 § 5 aus dem Jahre 570/184: in extrema oratione Catonis condicio Quinctio fertur, ut, si id factum negaret ceteraque, quae obiecisset, sponsione defenderet se.

Cic. de off. 3, 10 § 77: C. Fimbriam consularem audiebam de patre nostro puer iudicem M. Lutatio Pin-

thiae fuisse, equiti Romano sane honesto, cum is sponsionem fecisset, 'ni uir bonus esset'.

Gell. n. a. 6, 11 § 9: si tu in uno scorto maiorem pecuniam absumpsiti, quam quanti omne instrumentum fundi Sabini in censum dedicauisti, si hoc ita est: qui spondet mille nummum? si tu plus tertia parte pecuniae paternae perdidisti atque absumpsisti in flagitiis, si hoc ita est: qui spondet mille nummum?

Val. Max. 2, 8 § 2: Valerius sponsione Lutatium prouocauit, 'ni suo ductu Punica classis esset oppressa', nec dubitauit restipulari Lutatius. itaque iudex inter eos conuenit Atilius Calatinus.

Cic. in Verr. 3, 57 § 132: palam Syracusis te audiente maximo conuentu L. Rubrius Q. Apronium sponsione lacessiuit, 'ni Apronius dictitaret te sibi in decumis esse socium'. Hier fordert L. Rubrius den Q. Apronius zu einer Sponsion darüber auf: daß er öffentlich erklärt hätte, Verres habe an der Zehntenpachtung Anteil.

Macr. Sat. 3, 17 §§ 15. 16: Cleopatra . . sponsione prouocauit insumere se posse in unam coenam sestertium centies. Id mirum Antonio uisum, nec moratus sponsione contendit, dignus sculna Munatio Planco (Munatius Plancus?) qui tam honesti certaminis arbiter electus est.

4. Um Streitigkeiten, die zu schlichten waren, handelt es sich vor allen Dingen bei der von Magistraten geübten Rechtsprechung, und hier tritt uns das sponsione prouocare in doppelter Gestalt entgegen.

Der Magistrat, insonderheit der Prätor, veranlaßte die Parteien zum Abschluß von Sponsionen, teils mit hohem teils mit niedrigem Betrage.

Als Beispiele von Sponsionen mit hohem Betrage treten uns IV, 171 entgegen: certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae uero pecuniae partis dimidiae. Hier sprach man von einer sponsio poenalis: IV, 94. Der

sponsio entsprach auf der andern Seite eine restipulatio. Wir haben es zu tun mit einer vollständigen Wette.

Bei Sponsionen mit niedrigem Betrage hatte es keinen Sinn, der sponsio noch eine restipulatio hinzuzufügen. Demnach liegt hier nur vor die Hälfte einer Wette. Die summa sponsionis als solche war ganz gleichgültig. Auf deren Bezahlung wurde auch gar nicht bestanden. Die Summe war nur versprochen, um eine Entscheidung über den Hauptstreitpunkt zu ermöglichen. Man sprach nach IV, 94 von einer sponsio praeiudicalis.

Es entwickelte sich insonderheit auf dem Gebiete des Zivilprozesses neben dem gewöhnlichen Verfahren ein Verfahren, dem eine Sponsio zugrunde lag. Lex Rubr. cap. 21 Zle 8. 9: neque d. e. r. sponsionem faciet neque iudicio utei oportebit se defendet.

5. So sind wir denn angelangt beim Sponsionsverfahren, das in erster Linie eine Ergänzung des Prozeßrechtes darstellt. Diese Ergänzung tritt begreiflicherweise nur so weit ein, als der Magistrat sich damit einverstanden erklärt. Dies kommt IV, 171 deutlich zum Ausdrucke in dem Satze: ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur. Und ebenso hat es bei Ulp. fr. 1 pr. uti poss. 43, 17 statt agere permittam einmal geheißen sponsionem facere permittam: siehe Lenel, Ed.[2] S. 455.

Erlaubt ist ein solches Verfahren aber nur unter römischen Bürgern, scheint sich aber nicht auf rein privatrechtliche Streitigkeiten beschränkt zu haben.

Und weil hier alles von der Erlaubnis des Magistrates abhängt, sind wir noch weit entfernt von einem Zahlungsversprechen, das auf den freien Willen des Abschließenden zurückgeht und dem auf diese Weise die Klagbarkeit verschafft werden kann.

6. Das älteste Beispiel einer Streitsponsion liefert uns, soweit ich sehe, Plaut. Menaechmi 4, 2 u. 21—24 (590—593). Mit dieser Stelle haben sich beschäftigt: Hartmann-Ubbe-

lohde a. a. O. S. 106 flg.; Bruns, Z. R.G. Bd. 3 S. 354 Anm. 53; Göppert, Z. R. G. Bd. 4 S. 269; Teuffel, Rhein. Museum N. F. Bd. 22 S. 451 flg.; C. Sell, De exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit S. 37 flg.; Bekker, Akt. Bd. 1 S. 249; Huschke, Multa S. 226 flg.

Ich gebe zunächst den Text nach dem codex Ambrosianus, wie ihn Schoell vorführt:

aput aediles pro eius factis plurumisq. pessumisque
deixei causam: condiciones tetuli tortas, comfragosas.
aut plus aut minus qua opus fuerat dicto dixeram.
cotruersiam ut
sponsio fieret: quid ille? qui praedem dedit.

Inwiefern diese Verse aus sprachlichen bzw. metrischen Gründen einer Berichtigung bedürfen, lasse ich dahingestellt sein; der Sinn der betreffenden Worte ist vielleicht auch so zu erkennen.

Menächmus I ist recht verdrießlich. Er hat einen Klienten verteidigen müssen, der ihn nicht loslassen wollte. Zle 19 (589): ita med attinuit, ita detinuit. Die Sache spielt sich ab vor den Aedilen, und es wird sich wohl handeln um einen ädilizischen Multprozeß. Einen Ueberblick über die Tätigkeit, welche die Aedilen in dieser Hinsicht entfalteten, gibt Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 2³ S. 492 flg.

Ein solches Verfahren wird häufig die Erledigung von Vorfragen nötig gemacht haben, bevor der Aedil die Strafe verhängen konnte. Dazu ließ sich sehr gut die Sponsion benutzen; und es kam dann ganz und gar auf die Fassung der Sponsion an: ob der Angeklagte für schuldig befunden werden konnte oder nicht.

Unser Menächmus hat sich nun viele Mühe gegeben, zwischen dem Ankläger und seinem Klienten, dem Angeklagten, eine Sponsion zustande zu bringen, die möglichst verwickelt und auf Schrauben gestellt war, condiciones tetuli tortas, comfragosas: so daß er eine schwache Hoffnung haben mochte

seinen Klienten zu retten. Aber um den Klienten muß es doch recht schlimm bestellt gewesen sein, pro eius factis plurumisque pessumisque. Zudem fehlte es nicht an Zeugen, die recht scharf vorgingen. Zle 30 (595) omnibus male factis testes tres aderant acerrumi. Was tut demgegenüber der Klient? praedem dedit.

Dieses praedem dedit ist verschieden verstanden. Bekker meint: der Klient habe gar den Patron Menächmus selber zum praes gegeben. Dann hätte man vor praedem doch wohl ein me erwartet, das Schoell auch eingeschoben hat. Das steht aber nicht da, und der Text läßt sich vielleicht auch ohne me verstehen.

Menächmus will zu seiner Geliebten und macht sich zu ihr auf den Weg, sobald es nur angeht. Zle 33. 34 (598. 599): Amica expectat me, scio. Ubi primum licitumst, ilico Properaui abire de foro. Er ist ärgerlich, daß er um nichts und wieder nichts so lange aufgehalten worden. Daß die Sache nicht gut auslaufen werde, muß sich der Klient doch schon selber klar gemacht haben, da er gleich einen praes in Bereitschaft hatte. Er erklärt sich selber durch dessen Stellung für verurteilt.

Damit hat es folgende Bewandtnis. Nach gesprochener Mult, sowohl bei multa dicta wie irrogata, mußte der Angeklagte für deren Zahlung praedes stellen, sonst konnte er nötigenfalls verhaftet werden. Vgl. Huschke, Multa S. 94. 245.

II. Ich wende mich jetzt zur Verkehrssponsion. Wie mag sich hier die Klagbarkeit entwickelt haben?

1. In dieser Beziehung erfordern zunächst die Untersuchungen von Mitteis eine weitere Prüfung.

Vor allen Dingen legt Mitteis darauf Gewicht, 'daß das Substantivum sponsor nicht den Sponsionsschuldner schlechthin bedeutet, sondern den Bürgen'.

Heumann-Seckel hat freilich bei sponsor in erster Linie die Bedeutung 'Hauptschuldner', indem er sich beruft auf Iul. fr. 34 § 1 de sol. 46, 3, wo es statt duo fideiussores

ursprünglich geheißen habe duo sponsores. Aber selbst wenn Julian sponsores geschrieben hätte, nötigt uns der Zusammenhang noch keineswegs, darunter Hauptschuldner zu verstehen; und jedenfalls wäre dies nicht die Auffassung des Interpolators gewesen, worunter wir nicht gleich Tribonian zu verstehen brauchen.

Heumann-Thon und Dirksen bringen nur die Bedeutung 'Bürge'. Bei Brissonius fehlt überhaupt dieses Wort; erst Wunderlich hat es nachgetragen und auch nur die Bedeutung von 'Bürge' angegeben. Bei Gajus kommt das Wort nicht weniger als 27mal vor, aber stets in der Bedeutung von 'Bürge': siehe die Stellen bei Zanzucchi. Außer Gajusstellen bringt Fabricius für sponsor den Bürgen nur Paul. sent. 5, 9 § 2. 10 § 1. 33 § 2, und eine verstümmelte Stelle Vat. fr. 334, wo die Bedeutung des sponsorem dahingestellt bleiben mag. Vgl. ferner lex Iul. mun. Zle 113. 114; Ulp. disp. fr. Arg. bei Seckel und Kübler, Iurispr. Anteiust. B IIa, 3 Zle 7. 11; A IIb, 12; c. 1 § 3 C. Th. de mat. bon. 8, 18 vom Jahre 319; c. un. C. Th. de fidei. dotium 3, 15 vom Jahre 392. In den Justinianischen Rechtsbüchern ist der sponsor-Bürge beseitigt worden.

Bekker, Z. R. G. Bd. 43 S. 47 macht noch geltend, daß Stellen wie III, 119 die Gültigkeit primärer Sponsionen dartun. Damit ist aber immer noch nicht bewiesen, daß sponsor den Hauptschuldner bezeichnete.

Und selbst wenn ein derartiger Sprachgebrauch ein oder das andere Mal vorkommen sollte, so würde das auch noch nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein: wie Mitteis S. 119 richtig ausführt. Rein sprachlich betrachtet, würden wir beim sponsor eher an den Hauptschuldner denken, statt dessen wird er uns mit einer gewissen Selbstverständlichkeit als Bürge vorgeführt. Das ist allerdings eine auffallende Erscheinung.

Vielleicht beschränkte sich dieser Sprachgebrauch auf das Privatrecht. Wenigstens auf dem Gebiete des internationalen Rechtes treten uns sponsores als Vertreter für Hauptverpflich-

tete entgegen. So bei der pax Caudina nach Liu. 9, 5 § 3: quid enim aut sponsoribus in foedere opus esset aut obsidibus. Vgl. ferner Liu. 9, 9 §§ 15. 18. Sodann heißt es vom Ti. Gracchus bei Florus 2, 2: Mancinianae deditionis, quia sponsor foederis fuerat, contagium timens. Der Friedensvertrag, den Mancinus 617/137 mit den Numantinern abschloß, war wesentlich das Werk des Ti. Gracchus. Was uns hier auf internationalem Gebiete begegnet, das ließe indessen den Sprachgebrauch auf dem Gebiete des Privatrechtes nur um so mehr als auffallend erscheinen.

Vom sponsor schließt Mitteis S. 120 weiter auf das spondere. Er nimmt eine Zeit an: 'wo das spondere eben bloß eine Tätigkeit des Bürgen darstellt'. Der Schluß scheint nahezuliegen, kommt mir aber gleichwohl bedenklich vor. Auch Levy, Z. R. G. Bd. 41 S. 401 kann sich damit nicht einverstanden erklären. In späterer Zeit hat spondere diese beschränkte Bedeutung nicht. Vgl. die schon von Bekker angeführte Stelle III, 119: si seruus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. Andererseits hat sich beim sponsor die beschränkte Bedeutung erhalten.

Sodann werden von Mitteis ziemlich deutliche Parallelismen mit den praedes und uades des alten Rechtes behauptet. Die gerichtliche Bürgenstellung vermutet Mitteis S. 115 als den ältesten Fall. Den praes faßt Mitteis S. 120 als Geisel auf. Es kommt nach S. 124 eine Zeit, wo der Beklagte neben den Geiseln sich selbst als Geisel stellt, die Zeit der 'Selbstbürgschaft'.

Meine Auffassung des praes habe ich bereits ausführlich entwickelt Soc. publ. S. 204 flg. S. 340 flg.

Die praedes sind allem Anscheine nach ein uraltes Rechtsgebilde. Um dasselbe zu verstehen, müssen wir uns die auf einem Rechtsgeschäfte beruhende Obligation zunächst wegdenken. Gibt jemand dem Staate, der Gemeinde gegenüber einen Bot ab, und nimmt ein Magistrat für den Staat, die Gemeinde

diesen Bot an: so ist das kein Rechtsgeschäft; es werden damit nur Aussichten eröffnet. Die Rechtshandlung beginnt nach alter Anschauung erst mit dem Ueberweisen der praedia durch den praes. Erfüllt sich die Aussicht nicht, welche der manceps dem Staate, der Gemeinde durch Abgabe seiner Bots gemacht, so wird zum Verkauf der praedes praedia geschritten.

Im Laufe der Zeit stellt sich allerdings die Obligation ein. Vgl. Fest. Wort manceps Th. 139; Wort praes Th. 279; lex agr. Zle 47; lex Malacitana 64; lex parieti faciendo Puteolana III, 18.

Die Entwicklung ist aber der Sachlage gemäß die gewesen, daß zuerst die praedes als die Verpflichteten erscheinen. Der manceps kann sich jedoch ebenfalls verpflichten, indem er Grundstücke verschreibt. Er tritt uns entgegen als ein idempraes, d. h. ein Auch-praes.

Es käme noch in Betracht lex Tarentina Bruns-Gr.[7] n. 27 Zle 9 quei pro se praes stat, das schon Mommsen, Ges. Schr. Bd. 1 S. 157 durch idem praes erklärt hat.

Im übrigen verstehe ich die Stelle etwas anders als Mommsen. Dieser meint: primos quattuor uiros ita non cauisse apparet, nec potuerunt, cum ad quos praestarent nulli essent. Das ist kaum richtig. Es waren doch zwei höchste Magistrate da, von denen wenigstens der eine dem andern angeloben konnte: daß er sich in bezug auf das von ihm zu verwaltende Gemeindevermögen während seiner Magistratur nichts werde zu Schulden kommen lassen, und hierfür die praedes stellen, die der andere entgegennahm.

So ist der Sachverhalt in der Tat gewesen. Nach Zle 8—10 hat derjenige, welcher zuerst in Tarent ankommt, dafür zu sorgen, daß der andere, der als quei pro se praes stat eingeführt wird: praedes praediaque ad IIIIuiros det quod satis sit. Und weiter heißt es Zle 12. 13: Isque IIIIuir, quoi ita praes dabitur, accipito idque in tabulis publiceis scriptum sit facito. Das regelmäßige Verfahren beginnt dann nicht erst bei den dritten, sondern schon bei den zweiten Magistraten.

Regelmäßig werden neue Bewerber um die Magistratur dem die Wahl leitenden Magistrate Dritte als praedes gegeben haben; es heißt Zle 16. 17 ab eis quei petent praedes quod satis sit accipito. So hatte denn jeder neue Zweimann seine praedes zu stellen. Bei den ersten Zweimännern mag man aber Anstoß daran genommen haben, einen und denselben Zweimann in bezug auf die praedes sowohl als Fordernden wie Verpflichteten hinzustellen: denn dieser eine Zweimann war doch Vertreter der ganzen Behörde. Man gelangt aber auf andere Weise zu doppelten praedes: der zweite Zweimann hat sowohl Dritte wie sich selber zum praes zu bestellen.

An der Möglichkeit ist demnach nicht zu zweifeln, daß ein Schuldner sich selber zum praes bestellt. Ein solcher praes kommt namentlich vor neben andern praedes. Diese andern praedes werden aber kaum eine notwendige Voraussetzung sein. Mitteis faßt nun den praes als Geisel auf und gelangt so zu einer 'Zeit, wo der Beklagte neben den Geiseln sich selbst als Geisel stellt'.

Ist aber ein solches Sich-selber-als-Geisel-stellen überhaupt möglich? Mit Geisel verbinde ich die Auffassung, daß die Person eines andern irgendwie für den Schuldner in Mitleidenschaft gezogen wird. Sollte demnach praes wirklich einmal die Bedeutung von Geisel gehabt haben, so müßte mit dieser Bedeutung schon eine Umwandlung vor sich gegangen sein, als man dem Schuldner gestattete, sein eigener praes zu sein.

In dieser Beziehung ist nun das Verfahren in Betracht zu ziehen, welches stattfand, wenn die Verbindlichkeit, für welche praedes gegeben waren, nicht erfüllt wurde. Es kam dann zum Verkauf der praedes praedia. Darunter ist nicht zu verstehen ein Verkauf von Menschen, sondern ein Verkauf von Grundstücken: vgl. Soc. publ. S. 204 flg. S. 345 flg. Sollte jemals ein Verkauf von Menschen stattgefunden haben, so hätte er jedenfalls später aufgehört. Grundstücke verschreiben kann

aber auch ein Schuldner. Somit löst sich der idem praes in einen Schuldner auf, der seinem Gläubiger zu seiner Sicherheit Grundstücke verschreibt. Er ist zu vergleichen einem heutigen Schuldner, der für seinen Gläubiger in sein Grundstück eine Hypothek eintragen läßt.

Geisel und Bürge sind verwandte Begriffe. Von einem Sich-selber-als-Geisel-stellen gelangt dann Mitteis zu einer Selbstbürgschaft.

Dieser Begriff kommt mir — wenn der Ausdruck erlaubt ist — fast noch unmöglicher vor. Der Bürge ist notwendig eine andere Person als der Schuldner. Der Bürge erhöht den Kredit des Hauptschuldners; dies kann doch ein Schuldner selbst nicht erreichen, mag er seinen Gläubiger mit noch so vielen Zahlungsversprechungen beglücken: selbst ein Rothschild brächte so etwas nicht fertig.

Vom praes schließt Mitteis S. 125 weiter auf den sponsor. Aus der alten Geiselstellung soll die Sponsion herausgewachsen sein.

Hierfür wird S. 129. 130 geltend gemacht: 'daß der Prädesstellung . . genau dieselbe Form für Frage und Antwort charakteristisch ist, welche die Sponsion auszeichnet'.

Nun fehlt aber bei den praedes gerade das Stichwort spondeo. Diesen Einwand macht Mitteis sich schon selber.

Dann will es auch mit dem Inhalt nicht stimmen.

Einerseits weist uns das idem praes auf einen Nebenverpflichteten hin. Wenn dagegen jemand nach III, 116 gefragt wird idem dari spondes? und er antwortete idem dari spondeo, so lehnt sich dieses idem einer Hauptverpflichtung an. Wir scheinen hier also gerade die entgegengesetzte Entwicklung vor uns zu haben. Trotz dieser Bedenken wäre gleichwohl möglich, daß in anderer Weise die Haftung des sponsor der des praes nachgebildet wäre.

Mir ist nämlich sehr fraglich, ob wir in dem idem dari spondes? des § 116 eine alte Form vor uns haben. Mir

will es vielmehr vorkommen, als wäre diese Form dem idem fide tua esse iubes? erst nachgebildet worden.

Andererseits dürfte die Erscheinung, daß uns der sponsor als Bürge mit einer gewissen Selbstverständlichkeit und Hartnäckigkeit entgegentritt, ihre volle Erklärung erst durch die Annahme finden: daß sponsor von Haus aus Kunstausdruck war, der bei der Bestellung zur Anwendung kam. Und wie einmal der praes auf die gestellte Frage, ob er praes sei, mit praes antwortete: mag auch einmal der sponsor auf die gestellte Frage mit sponsor geantwortet haben.

Ich gebe also die von Mitteis behauptete Formverwandtschaft in anderer Weise zu; will auch nicht bestreiten, daß zwischen praes und sponsor sonstige Beziehungen stattgefunden haben. Insonderheit sehen wir: wie die sponsio den praes verdrängte, z. B. nach IV, 91. 94 den praes litis et uindiciarum. Daraus wird man aber kaum auf ein Herausgewachsensein aus dem praes schließen können, wie dies Mitteis S. 125 mittelbar selber einräumt.

Praes ist nach Walde[2] S. 608 eine Zusammensetzung von prae und uas. Vgl. lex agr. Zle 46: praeuides praediaque. Der uas steht dafür ein, daß der Beklagte sich wieder stellt. Davon haben wir unsern Ausgang zu nehmen. Aber der Gestellungsbürge enthält keimartig schon den weitern Bürgen, und diese Entwicklung hat sich dann schon beim praes vollzogen. Der praes litis et uindiciarum ist kein einfacher Gestellungsbürge mehr und ebensowenig der praes, welcher dem Staate, der Gemeinde vom manceps gestellt wird.

Auf Verdrängung weist auch hin Festus Th. 577: Vadem sponsorem significat datum in re capitali. Porph. zu Hor. serm. 1, 1 u. 11: Vades autem sponsores dici.

Als verwandte Begriffe erscheinen nebeneinander bei Varro l. l. 6, 74: sponsor et praes et uas.

Wegen der uades verweise ich auf Bd. 3 Abt. 1 S. 164 flg.

2. Wenn es überhaupt möglich sein sollte, über den sponsor-Bürgen weitere Klarheit zu erhalten, dürfte dies ohne An-

lehnung an Gajus, der hier mancherlei Neues gebracht hat, kaum zu erreichen sein. Ich verlasse daher die Pfade, die Mitteis eingeschlagen hat, und beschränke mich wieder auf Gajus.

Am wichtigsten sind die Stellen, wo uns Gajus gesetzliche Bestimmungen über den sponsor vorführt. Namentlich kommen vier ältere Gesetze in Betracht, deren zeitliche Folge zuvörderst zu bestimmen wäre.

Sicher ist die lex Apuleia älter als die lex Furia. Es heißt III, 122: quae lex ante legem Furiam lata est.

Die lex Cicereia, der wir III, 123 begegnen, wird dann anzureihen sein der lex Furia.

Die lex Publilia soll nach Levy, Sponsio S. 68 zwischen die leges Apuleia und Furia fallen, und dieser Ansicht sind auch andere von ihm angeführte Schriftsteller.

Ich halte die lex Publilia für das älteste Gesetz. Dafür spricht einmal, daß die drei andern sich mit sponsor und fidepromissor beschäftigen, während die lex Publilia sich auf den sponsor beschränkt: III, 127; IV, 22. Diesen Grund hat schon Girtanner, Bürgschaft S. 15 geltend gemacht. Außerdem spricht dafür der altertümliche Inhalt.

So erhielten wir denn folgende Reihenfolge: lex Publilia, Apuleia, Furia, Cicereia.

Die lex Publilia gewährte dem sponsor eine Klage aufs Doppelte gegen den Hauptschuldner, wenn dieser den Gläubiger befriedigt hatte, und der Hauptschuldner leugnete. Fällig war die Schuld, wenn seit der Abfindung des Gläubigers in sechs Monaten keine Bezahlung des sponsor erfolgte. Die Klage hieß actio depensi. Geltend gemacht wurde die Klage von Haus aus auf dem Wege der manus iniectio, die nur durch Stellung eines uindex abgewandt werden konnte. Später wurde der uindex ersetzt durch ein iudicatum solui satisdare. Das uadimonium umfaßte den ganzen Betrag der Schuld.

III, 127: sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi. IV, 9:

aduersus infitiantem. IV, 171: duplicis actio. IV, 22: quaedam leges ex alis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam. IV, 25: sed postea lege Vallia excepto iudicato et eo, pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectionem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere; itaque iudicatus et is, pro quo depensum est, etiam post hanc legem uindicem dare debebat, et nisi darent, domum ducebantur . . nostris temporibus is, cum quo iudicati depensiue agitur, iudicatum solui satisdare cogitur. IV, 102: propter genus actionis satis daretur . . ueluti iudicati depensiue. IV, 186: si quidem iudicati depensiue ageretur, tanti fiat uadimonium, quanti ea res erit.

Bemerkenswert ist bei dieser lex Publilia, daß der Gläubiger so ganz im Hintergrunde bleibt. Nur der sponsor tritt hervor. Dieser aber auch erst, nachdem er für den Schuldner gezahlt. Solange er noch nicht gezahlt hat, steht ihm noch keine Rückgriffsklage zu.

Es ist die Rede von einem dependere, keinem adpendere. Das Abwägen tritt in den Vordergrund. Die Person, an welche zugewogen, wird gar nicht die verpflichtete. Das dependere ist ein soluere pro alio: Corp. gloss. Lat. IV, 52 Zle 37; 53 Zle 43; 226 Zle 1; 329 Zle 14; V, 284 Zle 7. Vgl. M. Voigt, XII Tafeln Bd. 2 S. 495.

Wie ist nun vor der Zahlung das Verhältnis zum Gläubiger: kann der den sponsor belangen? Das scheint man bisher für selbstverständlich genommen zu haben. Mir ist die Sache recht zweifelhaft.

Wenn der Prätor aus einer sponsio, die er erlaubt hat, eine Klage gewährt, so ist das eine ganz andere Sache. Hier greift die Machtvollkommenheit des Prätors ein, er weiß auch, was vor sich gegangen. Wenn aber im gewöhnlichen Ge-

schäftsverkehr jemand etwas spondiert und der andere daraufhin vom Prätor eine Klage begehrt: so vermag ich jedenfalls nicht einzusehen, wie einmal in alter Zeit dieser Andere den Prätor dazu hätte nötigen können.

Hier komme ich nun wieder auf meine Grundauffassung zurück. Der sponsor der lex Publilia ist noch gar kein solcher sponsor, der vom Gläubiger verklagt werden konnte. Er ist aber ein Ehrenmann. Er hat sein sponsor, spondeo einmal gesprochen und will sein Wort halten. Oder wir haben es vielleicht mit einem Geschäftsmanne, einem Bankier zu tun. Das sponsor, spondeo solcher Leute war so gut wie bar Geld. Ein Bankier, der sein sponsor, spondeo nicht einlöste, sank in der Achtung seiner Kollegen wie des Publikums.

An Leute dieser Art werden wir vor allen Dingen zu denken haben, wenn die lex Publilia sich mit den sponsores beschäftigte. Es war vielleicht das erste Mal, daß sich die Gesetzgebung der sponsores annahm. Und dies wird die Grundlage gewesen sein für den Kunstausdruck sponsor=Bürge. Es ist dies ein sponsor in einem ganz besondern Sinne. Rein sprachlich genommen würde sponsor sogar ein Versprechensempfänger sein können, wie der stipulator. Dieser sponsor ist aber jemand, der ein Versprechen gegeben hat. Dieser sponsor wird gleichwohl mit einer Klage ausgerüstet, weil er sein Ehrenwort einlöste. Bei einer Klage aus der sponsio sind wir noch gar nicht angelangt.

Betrachten wir uns die Sachlage vor dieser Klage einmal etwas genauer.

Der sponsor hat sein Wort gehalten und den Gläubiger befriedigt. Er gewährt dem Schuldner noch eine angemessene Frist. Der Schuldner hält auch diese Frist nicht ein. Ist das nicht geradezu empörend! Das ein Schuldner seinen sponsor in Stich läßt, erscheint noch in der lex mun. Zle 113. 114 als ein Grund der Infamie: quei sponsoribus creditoribusue sueis renuntiauit renuntiauerit se soldum soluere non posse.

Dieser Anschauung gibt die lex Publilia Ausdruck. Die

dem Schuldner noch zu gewährende Frist wird zwar, langmütig genug, auf sechs Monate festgestellt. Dann aber strenge manus iniectio ohne Erlaß des uindex. Der sponsor schleppt den Schuldner mit sich in sein Haus. Die lex Vallia, die mit dieser strengen manus iniectio im übrigen aufräumte, an diesen Fall hat sie nicht rühren dürfen: er bleibt als einziger neben dem aus Judikat bestehen.

So gelangen wir zu einem sponsor, der mehr Rechte hat als der Gläubiger selber. Der Gläubiger muß das gewöhnliche Verfahren einschlagen und, wenn er eine Verurteilung erreicht hat, noch dreißig Tage warten, bevor er den Schuldner als Schuldknecht heimführen darf. Dem sponsor ist ein Exekutivtitel gewährt, auf Grund dessen er ohne weiteres vorgehen kann. So ist der sponsor mit einem Schlage zu einer rechtlichen Größe geworden. Dieses eigenartige Vorrecht blieb freilich beschränkt auf die römischen Bürger und wird vor allen Dingen den Bankiers zugute gekommen sein.

Die Klage aus der Sponsion haben wir aber immer noch nicht.

Wenn indessen einem sponsor die Einziehung der Schuld so viel leichter gemacht wurde als dem Gläubiger, wird sich dieser um so eher dazu verstanden haben, das Geld vorzuschießen. Und wenn der Prätor auf Grund der lex Publilia einen solchen sponsor als Kläger zulassen mußte, mochte er sich gleichzeitig sagen: daß jetzt auch dem Gläubiger gegen den sponsor eine Klage auf die Schuldsumme gewährt werden könne. Damit hätten wir denn die erste Klage aus der Verkehrssponsion, die sich ebenfalls auf den Verkehr der römischen Bürger untereinander beschränkt haben wird.

Gleich mit der lex Publilia braucht diese Klage noch nicht entstanden zu sein. In dieser Beziehung ist bemerkenswert die Fassung der lex Apuleia. Es heißt III, 122: inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit, nam si quis horum plus sua portione soluerit, de eo quod amplius dederit aduersus ceteros actiones constituit.

Wenn mehrere sponsores für einen Schuldner angenommen wurden, könnte es üblich gewesen sein, daß die Gefahr von ihnen gemeinschaftlich getragen wurde. Dieser Uebung schließt sich die lex Apuleia an und begründet eine Gemeinschaft von Rechts wegen. Die tritt aber erst dann ein, wenn einer mehr als auf seinen Anteil fällt, gezahlt hat. Wir befinden uns also noch vollständig auf dem Standpunkt der lex Publilia. Wie dem einzelnen sponsor erst dann eine Klage gegen den Schuldner gewährt wird, wenn er den Gläubiger befriedigt hat, so wird auch nach der lex Apuleia eine Klage gegen den Mitsponsor erst dann zugestanden, wenn der Sponsor für ihn mitbezahlt hat. Eine Klage des Gläubigers gegen die mehreren sponsores ist damit noch nicht notwendig gegeben.

Nun heißt es aber weiter: quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur. Als Inhalt der lex Apuleia wird dies jedoch nicht hingestellt. Ferner bezieht sich quo tempore auf ante legem Furiam. Also könnte der Satz, daß mehrere sponsores und fidepromissores dem Gläubiger solidarisch hafteten, in der zwischen lex Apuleia und lex Furia liegenden Zeit sich vielleicht durch die Praxis entwickelt haben.

Jedenfalls kennt diesen Satz schon die lex Furia, die nach III, 121 eine Teilung zwischen den mehreren sponsores und fidepromissores eintreten läßt, ohne daß von einem derselben Zahlung für andere geleistet zu sein brauchte: et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio.

Ich stelle kurz die Ergebnisse zusammen:

Wir haben zu unterscheiden die Streitsponsion und die Verkehrssponsion.

Die Klagbarkeit der Streitsponsion macht weniger Schwierigkeiten. Hier greift die Machtvollkommenheit des Prätors ein' der es ja auch schon mit praedes und uades zu tun hatte. Sie ist aber nicht aus den alten praedes herausgewachsen,

hat sich vielmehr an diese angelehnt und diese nach und nach verdrängen helfen.

Bei der Verkehrssponsion stoßen wir auf eine ganz eigentümliche Entwicklung. Wir haben anzuknüpfen an den sponsor, der den Gläubiger abgefunden hat, und dem dafür dem Schuldner gegenüber durch die lex Publilia als Kläger eine bevorzugte Stellung verschafft wurde. Eine Verpflichtung des sponsor dem Gläubiger gegenüber tritt erst später in die Erscheinung. Noch nach der lex Apuleia macht sich die Gemeinschaft unter mehreren sponsores nicht eher bemerkbar, als wenn der eine für den andern mitbezahlt hat. Zwischen der lex Apuleia und der lex Furia scheint sich aber die Klagbarkeit dieser sponsio entwickelt zu haben, jedenfalls steht sie fest seit der lex Furia.

Ueber die Zeit, wann die lex Publilia, die diese Entwicklung einleitete, erlassen, sind wir nicht näher unterrichtet. Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 733 setzt sie vor das Jahr 486/268. Huschke, Gajus S. 84 denkt an Q. Publilius, der unterm Jahre 370/384 bei Liu. 6, 19 § 5 erwähnt wird. Jedenfalls macht dieses Gesetz einen recht altertümlichen Eindruck. Die Obligation, die hier geschaffen wird, kleidet sich noch ganz in das Gewand des Deliktes. Der Schuldner, welcher dem sponsor bestreitet, daß er für ihn gezahlt habe, wird dafür ins Doppelte verurteilt.

14. Fide promittis? Fide promitto. III, 92. 93.

Dem sponsor lehnt sich an der fidepromissor. Er erscheint bei Gajus nur in Begleitung des sponsor. Vielleicht wurde er auch einmal, wie der sponsor, lediglich als Bürge verwandt. Später ist dies freilich anders geworden. Dies beweisen namentlich die Siebenbürgener Urkunden: Bruns-Gr.[7] n. 130. 131. 132. 133. 153. In den vier ersten Urkunden haben wir es mit einem Käufer, in der letzten mit einem Darlehnsschuldner zu tun.

Der Gegensatz zum sponsor besteht von vornherein darin,

daß es sich bei der fidepromissio um ein Gebilde des ius gentium handelt, während die sponsio beschränkt blieb auf den Verkehr der Römer untereinander. Andererseits begegnen wir auch hier sakralrechtlichen Vorstellungen, und davon wird zunächst zu handeln sein.

Die Gottheit des überall sichtbaren und alles sehenden Himmelsgewölbes ist zum Schirmherrn von Recht, Treue und Wahrheit geworden. Iuppiter in dieser seiner Eigenschaft heißt Diouis oder Dius Fidius, woraus allmählich eine eigene Gottheit hervorgegangen. Siehe Wissowa, Religion und Kultus der Römer S. 103.

Dieselbe Seite im Wesen des Iuppiter fand aber noch in anderer Form ihre besondere Verehrung, indem die von Iuppiter bzw. Dius Fidius geschützte Tugend der Treue und Wahrhaftigkeit, Fides, einen eigenen Kult erhielt. Ihr wurde im Jahre 500/254 oder 504/250 ein Tempel auf dem Kapitol erbaut. Damit war nicht bloß für die Römer zum Ausdruck gebracht, daß die Treue den Mittelpunkt des Verkehrs bilden müsse; auch die mit Rom in Berührung kommenden auswärtigen Völker verehrten insonderheit die Fides populi Romani. Siehe Wissowa S. 123.

Diese Treue ist nichts anderes als das rechtliche Gewissen im Menschen. Ihm wies man auch im Menschen einen besonderen Platz an und stellte sich als solchen die rechte Hand vor.

Diese Vorstellung gelangte beim Kult der Fides zum deutlichen Ausdruck. Die Priester fuhren zum Opferdienste in einem verdeckten Wagen und wickelten ihre Rechte bis zu den Fingern in eine weiße Binde: zum Zeichen, daß die Treue nicht ängstlich genug behütet werden könne. Liu. 1, 21 § 4: significantes fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse.

Diese Rechte führt uns dann weiter zum Reichen der Hand und dem Handschlag. Es ist durchaus keine unnütze Frage, wie Leist, Alt-arisches Ius ciuile Bd. 1 S. 448 mit Recht

hervorhebt, im Handschlag 'nach einem besondern Sinn suchen zu wollen'.

Die Hand macht sich in verschiedener Weise im Rechtsleben bemerkbar: Sittl, Die Gebärden der Griechen und Römer S. 129 flg. Im allgemeinen ist der Händedruck ein Zeichen herzlicher Freundschaft: Sittl S. 27 flg. Auch kann sowohl die rechte wie die linke Hand tätig werden. 'Dagegen muß bei einem Versprechen die Rechte, das kostbarste Gut des wehrhaften Mannes, gereicht und von der des anderen umschlossen werden'.

'So tritt nunmehr der Gedanke der Verpfändung der Hand hervor'. Wie andere wertvolle Teile des Körpers, das Haupt, die Augen usw., Sittl S. 139, kann man auch die Rechte verpfänden. Liu. 23, 9 § 3: dextrae dextras iungentes fidem obstrinximus. Dabei haben wir auszugehen von der Vorstellung: die Rechte soll demjenigen, welchem sie gereicht, verfallen sein, wenn der die Rechte Reichende sein Wort nicht halten sollte. Insofern ist die Rechte durch den Handschlag geweiht worden. In der zuletzt angeführten Stelle aus Livius nennt Pacuvius Calavius solche Hände: sacratas Fide manus. Andererseits ist fidem dare so viel wie dextram dare, vgl. Danz, Der sakrale Schutz S. 140. So verstehe ich auch im S.C. de Bacch. Zle 14 das fidem inter se dedise.

Schon unter Gastfreunden hat sich das Versprechen Geltung verschafft. Der Gastvertrag ist uralt und fand im Altertum eine weite Verbreitung. Siehe darüber Mommsen, Röm. Forsch. Bd. 1 ² S. 326 flg.; O. Schrader, Sprachvergleichung Bd. 2 ³ S. 295. Beim Abschluß eines solchen Vertrages wurden Beweiszeichen ausgetauscht. Uns sind noch Gastzeichen dieser Art aus dem Altertum erhalten. Eins mit verschlungenen Händen darauf: C. I. Gr. III n. 5496. Ein anderes ist eine Hand mit der Inschrift Σύμβολον πρὸς Οὐελαυνίους: C. I. Gr. III n. 6778. Diese bildliche Darstellung gestattet einen Schluß auf den wirklichen Hergang. So mag denn hier die

Vorstellung entstanden sein, in dem Handschlag die Bekräftigung eines Vertrages zu erblicken.

Demnach wäre die fidepromissio den Römern durch den Fremdenverkehr entgegengebracht und ist von ihnen in dieser Weise beibehalten worden.

Wie lange sich die religiöse Vorstellung behauptet haben mag, kann dahingestellt bleiben. Später ist ein Handschlag zu einem rechtsbindlichen Versprechen überhaupt nicht mehr erforderlich. Demgemäß konnte das fide in der Formel auch fehlen, es genügte ein einfaches promittis? promitto.

Darum mag aber immerhin auch später das fide promitto für ein nachdrücklicheres Versprechen gegolten haben. Und daß es sich auf den eigentlichen Rechtsverkehr nicht beschränkte, ersehen wir aus Plaut. Menaechmi 5, 4 u. 6 (894): sanum futurum mea ego id promitto fide. Hier verspricht ein Arzt mit einem gewissen Nachdruck, daß er den in Frage stehenden Patienten schon wieder gesund machen werde.

Nach Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 702 soll die fidepromissio in ihrer Art die älteste Bildung für den Verkehr mit Peregrinen gewesen sein. Das möchte ich nicht ohne weiteres zugeben. Die engen Beziehungen, die zwischen sponsor und fidepromissor obwalten, scheinen doch darauf hinzuweisen, daß die fidepromissio sich einmal auf die Bürgschaft beschränkte. Daneben wird aber eine allgemeinere Formel unentbehrlich gewesen sein Diese ist vielleicht gegeben mit dem dabis? dabo. Dasselbe schließt sich nicht bloß bei Gajus, sondern auch bei Paul. sent. 2, 3 unmittelbar dem spondes? spondeo an. Ferner bietet uns Plautus schon drei Anwendungsfälle dar: Pseudolus 1, 1 u. 115. 116: Dabisne argenti mi hodie uiginti minas? Dabo. Ebenda 1, 5 u. 122. 124 (536. 538): Dabin mi argentum quod dem lenoni . . ? . . Dabo inque. Bacch. 4, 8 u. 43 (883): Dabin? . . Dabo.

Zu erklären bleibt noch das fide, das uns in der Verbindung mit promitto entgegentritt.

Promittere ist so viel wie 'herabhängen lassen, hinhalten'.

Dazu bedürfen wir eines Akkusativs. Huschke, Gajus S. 73 ergänzt manum. Was sollen wir aber daneben mit dem fide anfangen? Der Ablativ paßt gar nicht zu der ursprünglichen Bedeutung von promittere. Ob es ursprünglich hieß fidem promittere? Das wäre so viel wie dextram promittere. Ein auslautendes m ist oft abgefallen: Seelmann, S. 362. Als dann später promittere die Bedeutung von 'versprechen' annahm, paßte auch der Ablativ: fide promittere d. i. mittels Handschlages versprechen. Statt fidepromissor finden wir auch die Form fideipromissor: siehe zu III, 120.

15. Fide iubes? Fide iubeo. III, 92.

Wesentlich jünger als sponsio und fidepromissio ist die fideiussio. Bei Cicero begegnen wir noch keinem fideiussor: Girtanner, Bürgschaft S. 19.

Die vollere Frage lautet III, 116: Idem fide tua esse iubes? Der würde als Antwort entsprechen: Idem fide mea esse iubeo. Zunächst bringt Gajus Frage und Antwort in abgekürzter Gestalt: Fide iubes? Fide iubeo. Bei Paul. sent. 2, 3 § 1 heißt es: Fidei tuae erit? Fidei meae erit.

Fides hat hier schon eine mehr allgemeine, abstrakte Bedeutung angenommen; es ist das Vertrauen in Geldangelegenheiten, wo wir von Kredit zu sprechen pflegen. In diesem Sinne tritt uns die fides auch sonst entgegen. Vgl. z. B. Cic. de imp. Cn. Pomp. 7, 19: scimus Romae solutione impedita fidem concidisse; in Cat. 2, 5 § 10 fides nuper deficere coepit. Caes. b. c. 3, 1: cum fides tota Italia esset angustior neque creditae pecuniae soluerentur.

Andererseits ist das iubere bei einem einfachen Schuldner nicht am Platze. Dazu bedürfen wir eines Dritten, der seinen Kredit gewährt, etwa bei einem Darlehen. Solche Darlehn zu geben, ist Sache der Bankiers. Die Lage wäre demnach folgende. Jemand will borgen von einem Bankier, ein anderer für ihn gutsagen. Diesen andern fragt der Bankier: Soll es sein durch Deinen Kredit? Wird es sein für Deinen Kredit?

Durch Kredit befiehlst Du? Nach Bejahung dieser Frage zahlt der Bankier das Darlehn. Wir haben hier also vor uns den Kreditauftrag, das mandatum qualificatum.

Demnach wäre die fideiussio von Haus aus auf die Bürgschaft zugeschnitten gewesen. Sie tritt uns als eine Nebenverpflichtung entgegen, die sich an eine Hauptverpflichtung anlehnt: vgl. Girtanner, Bürgschaft S. 20 flg. Das ist bei der fidepromissio so wenig wie bei der sponsio der Fall.

Der Ursprung der fideiussio ist vielleicht im Bankiergewerbe zu suchen. Die Bankiers sind aus Griechenland in Rom eingewandert. Die argentarii gingen hervor aus den τραπεζῖται. Sie breiten sich aus seit dem fünften Jahrhundert der Stadt und haben eine wesentliche Umgestaltung des Geldverkehrs herbeigeführt. Vgl. M. Voigt, Ueber die Bankiers S. 3 flg.; Mitteis, Z. R. G. Bd. 32 S. 198 flg.

Levy, Sponsio fidepromissio fideiussio S. 130 möchte die fideiussio dem iussum bei der actio quod iussu angliedern. Es wäre ja möglich, daß die ältesten Fälle der fideiussio den Gewaltunterworfenen betrafen, dem sein Vater oder Herr Bankierkredit verschaffte. Im übrigen ist doch beides auseinanderzuhalten und gerade im fide das unterscheidende Merkmal zu finden. Den scharfen Gegensatz lassen noch erkennen Ulp. Marcellus fr. 5 § 5 quod iussu 15, 4; Modest. fr. 25 ad S.C. Vell. 16, 1: siehe darüber Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 568.

16. Stipulari. III. 92—95.

Dem stipulari begegnen wir schon bei Plautus, sowohl dem einfachen wie dem instipulari.

Pseudolus 4, 6 u. 6. 7 (1068. 1069):

Minae uiginti sanae et saluae sunt tibi,
Hodie quas aps ted est stipulatus Pseudolus.

Curculio 4. 1 u. 12 (473):

Ibidem erunt scorta exoleta quique stipulari solent.

Bei den qui stipulari solent hat man wohl an Kuppler

gedacht. Jordan Hermes Bd. 15 bezieht den Ausdruck auf Wucherer. Man könnte diese Wucherer auch durch Bankiers ersetzen.

Rudens 5, 3 u. 22—26 (1378—1382):

Gripus. Si uidulum
Hunc redegissem in potestatem eius, iuratust dare
Mihi talentum magnum argenti.
Labrax. Cedo quicum habeam iudicem,
Ni dolo malo instipulatus sis niue etiamdum siem
Minus quinque et uiginti natus annos.

Hier weist das instipulatus hin auf ein durch Eid bekräftigtes Versprechen. Ferner handelt es sich um das Verfahren vor einem Schiedsrichter.

Das Wesen der Stipulation besteht nach Gajus aus Frage und Antwort. Die Beispiele weisen darauf hin, daß beides sich entsprechen muß. Freilich sind von ihm nur Beispiele mit sich entsprechenden Zeitwörtern gewählt. Aber Gajus bringt eben nur Beispiele, er will gar nicht alle Möglichkeiten erschöpfen. Ebenso verhält es sich mit Paul. sent. 2, 3 § 1.

Und daß nicht gerade Zeitwörter sich zu entsprechen brauchten, darüber belehrt uns Ulp. fr. 1 § 2 de uerb. obl. 45, 1: Si quis ita interroget 'dabis?' responderit 'quid ni?', et is utique in ea causa est, ut obligetur.

Es ist bemerkenswert, daß Gajus in den angeführten §§ 92—95, wo er sachlich vom stipulari handelt, diesen Ausdruck noch meidet und statt dessen eine uerborum obligatio einschiebt. Damit ist gleichzeitig ausgeschlossen die Gebärdensprache. Das steht in Einklang mit der Auffassung Ulpians, der in der angeführten Stelle so fortfährt: contra si sine uerbis adnuisset.

Es ist aber doch wohl fraglich, ob wir in dieser Beschränktheit den Ausgangspunkt für die Stipulation zu suchen haben. Wir müssen bedenken, daß den Römern ein Wort für unser Ja mangelte. Dieses werden sie durch ein Zunicken ersetzt haben. In der Tat fehlt es nicht an Spuren, die darauf hin-

weisen, daß eine Zustimmung durch Zunicken einmal genügte. Vgl. Plaut. Stich. 1, 3 u. 71 (224); Suet. Caligula 38 und dazu Argentaria stipulatio in Festgabe für Thon, S. 40.

Insofern wird also einmal ein Unterschied zwischen Konsensualkontrakten und Stipulationen nicht stattgefunden haben. Der Hauptgegensatz wird vielmehr in einer andern Voraussetzung zu suchen sein. Darauf dürfte uns hinweisen III, 136, wo es von den Konsensualkontrakten heißt: inter absentes quoque talia negotia contrahuntur. Die Stipulation verlangt die Gegenwart beider Teile.

Während bei der sponsio, fidepromissio, fideiussio sich die Bezeichnung anlehnt an die Form des Versprechens, scheint sich für die mündliche Stipulatio gar keine besondere Form gebildet zu haben. Erst in den Urkunden taucht das stipulari auf.

Die Stipulation ist eine Art von Sammelbegriff, der alle möglichen Versprechen umfaßt, nicht bloß solche, bei denen Peregrinen beteiligt sind, sondern auch die römische sponsio. Vgl. Gell. n. a. 4, 4 § 2: qui stipulabatur ex sponsu agebat; Paul. fr. 40 de reb. cred. 12, 1: stipulatus est Publius Maeuius, spopondi ego Lucius Titius.

Besonders beachtenswert ist das Nebeneinanderstehen von sponsio und restipulatio, bzw. von spondere und restipulari, wo doch die restipulatio bzw. das restipulari ebenfalls nur von einer sponsio, einem spondere verstanden werden kann: vgl. IV, 13. 94. 165. 166a. 167. 168. Ich erkläre mir den Sprachgebrauch daraus, daß responsio nicht deutlich genug gewesen wäre. Man hatte sich bei diesem Worte einmal gewöhnt an die Bedeutung von 'Antwort' und würde hieran zunächst gedacht haben.

Gewöhnlich wird stipulari, stipulator von demjenigen gesagt, der ein Versprechen entgegennimmt; ausnahmsweise bedeutet stipulari aber auch 'versprechen' und stipulator denjenigen, der verspricht. Vgl. z. B. Pomp. fr. 61 de adm. et per. 26. 7; Isidor. or. 5, 24 § 30: Stipulatio est pro-

missio uel sponsio, unde et promissores stipulatores uocantur.

Welche Worte als geeignet angesehen wurden für eine bindende Stipulation, darüber wird man nicht immer einerlei Meinung gewesen sein. Eine Zweifelsfrage wird Gajus III, 95 behandelt haben. Und daß hier Streitfragen bestanden, zeigt uns noch die Konstitution Kaisers Leo c. 10 de contrah. et comm. stip. 8, 37 vom Jahre 472: Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus uel directis, sed quibuscumque uerbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem. An den Worten wird hier zwar festgehalten; aber im übrigen genügen alle Worte, aus denen sich eine Uebereinstimmung der Vertragschließenden ergiebt.

Die uerborum obligatio, welcher Gajus die Stipulation unterstellt, führt zu einer weiteren Frage betreffend das Anwendungsgebiet: ist es denn richtig, daß sich die Stipulation auf das Obligationenrecht beschränkte? Wir wissen doch schon aus II, 32, daß Dienstbarkeiten aller Art an Provinzialgrundstücken pactionibus et stipulationibus bestellt werden konnten vgl. darüber Bd. 2 Abt. 3 Erkl. 20. Ferner begegnen wir Stipulationen neben Manzipationen: vgl. Bd. 1 S. 196.

Ueber die Vornahme einer Stipulation wurden häufig Urkunden aufgenommen. Auf diese Weise gelangte man schließlich zu einer Beurkundung, bei der man in einem gewissen Umfange und unter gewissen Voraussetzungen von einer mündlichen Stipulation ganz absah: vgl. Bd. 1 S. 196.

17. Fortsetzung. Ursprung der Stipulation.

1. Schon die Römer waren über den Ursprung der Stipulation verschiedener Ansicht.

Es heißt bei Isidor. Or. 5, 24 § 30: dicta autem stipulatio a stipula: ueteres enim quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes sponsiones suas agnoscebant; siue quod stipulum iuxta Paulum iuridicum firmum appellauerunt.

Das hier über die stipula Bemerkte wird keine freie Erfindung des Isidor sein, sondern irgendeiner Rechtsübung entsprechen. Savigny, Gesch. des röm. Rts. Bd. 2² S. 243 denkt an das Kerbholz. Vgl. darüber Grimms Wörterbuch Bd. 5 Sp. 562 flg. Jhering, Geist Bd. 2³ S. 558 flg. erinnert an den Stab bei der Auflassung. Vgl. darüber Gierke, Deutsches Pr.rt. Bd. 2 S. 270 Anm. 15. Vielleicht könnte man die stipula auch als ein Gastzeichen auffassen. Der Fremde, welcher das Gastrecht beanspruchte, mußte das eine Ende des Halmes mitbringen, welches verbunden wurde mit dem Ende, das der Gastgeber zurückbehalten hatte.

Die andere Erklärung kehrt noch einmal wieder bei Isidor 10, 258: Stipulare enim promittere est ex uerbis iuris peritorum, qui etiam stipulum firmum appellauerunt.

Die in Bezug genommene Stelle aus Paulus findet sich sent. 5, 7 § 1. Hier heißt es: Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt . . stipulum enim ueteres firmum appellauerunt.

I. I. III, 15 pr. lehnt sich dem in folgender Weise an: quia stipulum apud ueteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens. Hier wird also stipulum weiter von stipes hergeleitet.

Festus Th. 420 und Varro de ling. Lat. 5, 182 gehen in anderer Weise auf stipem zurück.

Eine Verwandtschaft des stipulari mit stips, stipula, stipulus, auch wohl mit stipo und stipes mag vorhanden sein, aber die Bedeutungsentwicklung ist noch unklar: so Walde¹ S. 569.

Nach Walde² S. 740 hatte stips als Grundwort des Deminutives stipula vielleicht die Bedeutung 'Stamm, Stange', insbesondere 'Stange oder Barren von aes signatum'.

2. Von neueren Schriftstellern knüpft Savigny, Syst. Bd. 5 S. 538 mit Festus und Varro an stips an. Ihm ist die stipulatio ein Geldgeschäft, das sich aus der nexi obligatio entwickelt haben soll. Vgl. hierzu Wenger, Z. R. G.

Bd. 43 S. 411. Huschke hingegen, Nexum S. 100 gelangt von der stips aus zum Getreidegeschäft.

Vorzugsweise bezeichnet stips das Geldopfer, welches den unterirdischen und Quellgöttern dargebracht wurde: Wissowa, Religion und Kultus der Römer S. 362. Von dieser Opfergabe leitet Huvelin Stipulatio, stips et sacramentum, wie ich entnehme Herzen, Zentralblatt Reihe 2 Bd. 2 S. 38, die Stipulatio her; stipulari soll sein übereinkommen mit sacramento quaerere. Nach Walde[2] S. 740 ist die Ansicht von Huvelin höchst unsicher: daß stipulari ursprünglich das Einsetzen von Geld für den Fall des Wortbruchs bedeutet habe.

Schloßmann, Rhein. Museum Bd. 59 S. 355 nimmt seinen Ausgang von stipula. aber in anderer Weise als Isidor. Wie aquari 'Wasser holen', so bedeute stipulari 'Halme holen'. Walde nennt diese Annahme 'schwierig'. Schloßmann läßt es freilich dahingestellt sein, ob stipulari in der Rechtssprache jemals für Sammeln von Halmen gebraucht sei; S. 364 ist ihm stipulator der Sammler von Geldspenden.

In ähnlicher Weise hat schon Kuntze, Excurse[2] S. 176 die Stipulatio aufgefaßt. Sie ist ihm stipis coactio. Dabei werden drei Stufen angenommen: Getreidespende, Geldspende, Geldzusage.

Nach Ihering, Geist Bd. 2[1] S. 585 Anm. 747 = Bd. 2[3] S. 558 Anm. 747 ist stipulari so viel wie 'bestätigen', 'festmachen'. Derselben Ansicht Girtanner, Stipulatio S. 229. Ebenso M. Voigt, Ius naturale Bd. 4 S. 434; XII Tafeln Bd. 1 S. 367 Anm. 1; R. R.G. Bd. 1 S. 745. Ferner Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 705.

Walde glaubt auszukommen mit einer Grundbedeutung: 'jemanden sich festnehmen, um von ihm Antwort auf ein Ansinnen zu erhalten'.

3. Eine besondere Betrachtung verdienen vielleicht die Iguvinischen Tafeln.

Wir stoßen hier fünfmal auf Ausdrücke, die dem lateini-

schen stipulari entsprechen: I B Zle 13 steplatu (stipulator); VI B Zle 48 stiplatu; VI B Zle 51 stiplatu; VI A Zle 2 stiplo (stipulari); VI A Zle 4 anstiplatu (instipulator).

Die wichtigsten Stellen sind die beiden zuletzt erwähnten, die ich, soweit das Verständnis es fordert, in der Uebersetzung, die Bücheler in seinen Umbrica S. 12 und vorher schon in Fleckeisens Jahrbüchern Bd. 111 S. 313 geliefert hat, hier ausschreibe.

Qui oscines obseruatum ibit, sic in tabernaculo sedens flaminem iubeto stipulari: 'obseruemne parram prosperam, cornicem prosperam, picum legitumum, picam legitumam, legitumas aues, legitimas oscines diuinas?' Flamen sic instipulator eas obseruari: 'parram prosperam, cornicem prosperam, picum legitumum, picam legitumam, legitumas aues, legitumas oscines diuinas mihi, urbi Iguuinae, huic statui statuto'.

Es handelt sich um die Vornahme eines augurium: siehe darüber Mommsen, Röm. Staatsrt Bd. 1³ S. 104 flg.

Der Augur, welcher die Stimmen der Vögel beobachten will, sitzt bereits in seinem Zelte. Zuvörderst hat er sich an den flamen zu wenden und diesem zu befehlen, daß er stipuliere.

In dieses stipulari dürfen wir nicht gleich hineinlegen die Frage und Antwort der römischen Stipulatio. Wir reichen vollständig aus mit dem Begriff des Feststellens. Vor allen Dingen müssen die Vögel festgestellt werden, die zu beobachten sind. In dieser Beziehung hat der flamen das Bestimmungsrecht. Aber der Augur ist der sachverständige Ratgeber, der ihm an die Hand gibt, welche Vögel er nennen soll.

Von den Worten, die zunächst der Augur zu sprechen hat, soll das obseruemne das umbrische aseriaia wiedergeben. Bücheler möchte daneben nicht ganz zurückweisen eine Wiedergabe mit obseruet. Aufrecht und Kirchhoff, Die umbrischen Sprachdenkmäler Tl. 2 S. 39 halten auch die zweite Person für möglich, entscheiden sich aber für die erste. Sie

übersetzen: Qui . . obseruatum ibit . . adfertorem iubeto stipulari: Obseruem . .?

Bréal, Les tables Eugubines S. 21 flg. läßt einen neuen Satz schon mit dem voraufgehenden stiplo beginnen und tritt beim aseriaia für die zweite Person ein. Er übersetzt: Qui oscines obseruatum ibit, ita — a sede adfertori proponito. Stipulor ⟨ut⟩ obserues.

Alle drei Schriftsteller denken an eine Fragestellung. Zu diesem Zwecke hat Bücheler dem observem ein ne angehängt. Dieses ne scheint aber dem umbrischen Texte nicht zu entsprechen.

Meines Erachtens ist gar keine Frage gestellt. Mit dem obseruem spricht der Augur nur einen Wunsch aus: ich möchte die und die Vögel beobachten.

Dementsprechend antwortet der flamen oder adfertor, und damit ist die Feststellung geschehen.

Das instipulator hat keine wesentlich andere Bedeutung als das stipulator. Mit dem vorgesetzten in soll wohl nur zum Ausdruck gebracht werden die Richtung: die Feststellung geschieht in den Augur hinein, ihm gegenüber. Stipulari und instipulari werden sich zu einander verhalten wie etwa uocare und inuocare. Vgl. Plautus Rudens 5, 3 u. 25 (1381) und dazu oben Erkl. 16.

Diese Feststellung heißt bei den Römern legum dictio: Mommsen, Röm. St.rt. Bd. 1³ S. 77. 78 Anm. 4; Pernice, Sakralrecht I S. 16 Anm. 3. Und selbst wenn man in dem aseriaia eine Frage erblicken wollte, wird man doch zugeben müssen: daß die Antwort einen ganz andern Inhalt hat, wie bei der römischen Stipulatio. Bei dieser übernimmt der Antwortende eine Leistung. Paul. fr. 5 § 1 de uerb. obl. 45, 1: Stipulatio autem est uerborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumue se quod interrogatus est responderit. Nach den Iguvinischen Tafeln legt aber der Antwortende dem Augur eine Verpflichtung auf, wie er beobachten solle.

Statt flaminem bzw. adfertorem heißt es im Umbrischen arsferture. Darunter verstehen Aufrecht und Kirchhoff Tl. 2 S. 37 flg. 251. 303 flg. einen obersten Magistrat. Jedenfalls muß es eine Persönlichkeit gewesen sein, der das auspicium zukam: die mithin das Recht hatte, zu bestimmen, ob und in welcher Weise Auspizien abgehalten werden sollten.

4. Eine Feststellung anderer Art, wo es ebenfalls einer förmlichen Frage und Antwort nicht bedurfte, erblicke ich in dem Durchbrechen des Halmes bei Isidor. Es wird sich hier um eine Form handeln, die, wie ich schon andeutete, beim Gastvertrage aufgekommen sein mag.

Mommsen, Röm. Forsch. Bd. 1[2] S. 338 Anm. 22 behauptet freilich: die Annahme, daß das Gastzeichen zerbrochen und wieder zusammengepaßt worden sei, beruhe lediglich auf einem Mißverständnis des Wortes συμβάλλειν. σύμβολον. Allein die Stellen bei Hermann-Blümner, Lehrbuch der griech. Privataltertümer[3] S. 495 Anm. 1 beweisen deutlich: daß es auch geteilte Gastzeichen gab, z. B. durchschnittene Würfel.

O. Schrader, Handelsgesch. u. Warenkunde I S. 9 flg.; Sprachvergl. und Urgeschichte[3] S. 295 flg. führt den Ursprung des Gastvertrages auf die Bedürfnisse des Handels zurück. In ähnlicher Weise hat sich ausgesprochen Ihering, Deutsche Rundschau 1886/7 Bd. 3 S. 357 flg. 420 flg. Anderer Meinung sind zwar Leist, G. J. R. S. 211 flg.; Altarisches Ius civ. Bd. 1 S. 363 flg.; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrts. Bd. 1[3] S. 34 Anm. 60. Aber beide müssen doch zugeben, daß Handelsverkehr und Gastfreundschaft mannigfach ineinander greifen.

Nun könnte sich eine Form, die sich ursprünglich beim Gastvertrage entwickelt hatte, sehr wohl auf andere Rechtsgeschäfte übertragen haben, welche Fremde abschlossen. Andererseits kann es nicht wohl zweifelhaft sein, daß die Stipulation für den Verkehr der Fremden geschaffen wurde. Für den Verkehr

der Römer unter einander war sie nicht nötig, die hatten ja die Sponsio.

Das Festmachen wird aber ursprünglich nicht geschehen sein durch Frage und Antwort, sondern durch Brechen eines Halmes. Die Bezeichnung stipula könnte sich auf diesen Halm erst übertragen haben, weil er zum Festmachen benutzt wurde. Stipula verhielte sich dann zu stipulari wie etwa uindicta zu uindicare. Bei Hehn, Kulturpflanzen[6], neu herausgegeben von O. Schrader, mit Beiträgen von A. Engler, heißt es S. 535 in bezug auf die stipula: 'der Halm braucht ja nicht gerade Getreidehalm bedeutet zu haben, das slav. stĭblo heißt Stengel und hat viel Verwandte'.

Wenn sich aber für stipula später die Bezeichnung 'Halm' festsetzen konnte, so weist uns das hin auf ein Getreidegeschäft. Dieses Getreidegeschäft kam vielleicht ursprünglich durch Brechen eines Halmes zum Abschluß. Dann hat sich in Anlehnung an die Sponsio hier Frage mit Antwort eingestellt, und das Brechen des Halmes ist in Wegfall gekommen. Ein verwandter Gedanke wäre es, wenn Pernice, Zum römischen Sakralrechte I S. 18 (1160) die Stipulation 'der verweltlichten Sponsion' gleich erachtet.

Bei diesem Getreide werden wir vor allen Dingen an den Weizen, triticum, zu denken haben, den in alter Zeit hauptsächlich Etrurien den Römern lieferte: vgl. Magerstedt, Bilder aus der röm. Landwirtschaft Heft 5 S. 273 flg.

Beim Getreidegeschäft bildet die Getreidelieferung nur die eine Seite, ihr steht gegenüber die Geldleistung.

So kommen wir für die Stipulation teils zu einem dare certam pecuniam, teils zu einem dare certum triticum.

5. Die Stipulatio ist iuris gentium. Daß die intentio iuris ciuilis auf dare oportere certam pecuniam bzw. certam rem den Peregrinen schon frühzeitig zugänglich geworden sein muß, darauf habe ich bereits hingewiesen Buch 1 Erkl. 1 S. 93, und werde hierauf noch zurückkommen müssen.

Damit wären wir angelangt beim dabis? dabo. das sich

bei Gajus dem spondes? spondeo unmittelbar anlehnt. Wir können es etwa betrachten als eine Abkürzung von dare spondes? dare spondeo. Das zum Schluß vorgeführte facies? faciam wird wohl die jüngste von allen Formen sein, die Gajus bringt.

Wir stoßen hier auf einen Formenreichtum, der nicht bloß dem rein weltlichen Verkehr entstammt, sondern zugleich seine Wurzel im Sakralrecht hat. Zum Ausdruck dient nicht bloß die lateinische, sondern ebenso gut die fremde Sprache. Diese Mannigfaltigkeit in der Form erinnert geradezu an das altgermanische Recht und bildet jedenfalls einen Gegensatz zum rein römischen Recht.

Die Entwicklung des römischen Rechtes bewegt sich im allgemeinen in knappen Formen, aus denen man freilich möglichst viel zu machen wußte, die man aber andererseits so leicht nicht änderte. Nicht anders verhält es sich mit der sponsio und den Prozeßkautionen.

Bei diesem Gegensatze ist es doch weit wahrscheinlicher: daß der Ursprung der Stipulation auf dem Gebiete des Handelsverkehrs zu suchen ist, statt bei schwerfälligen Prozeßkautionen, die den Uebergang zur Mannigfaltigkeit vollständig vermissen lassen. Insofern dürfte die Auffassung von Mitteis bei der Stipulation vollends versagen.

Großes Gewicht legte Mitteis auf Festus Wort Reus Th. 372. Hier wird unterschieden zwischen einem reus stipulando und einem reus promittendo. Der erstere umfasse nicht den adstipulator; dagegen der reus promittendo auch denjenigen, qui pro altero quid promisit.

Ich erkläre mir die Sache so. Der adstipulator darf das Geld, das er einzieht, nicht behalten, sondern muß es an den Hauptgläubiger bzw. dessen Erben herausgeben; insofern ist er nur formell Gläubiger. Wenn dagegen jemand die Schuld eines andern zu zahlen verspricht und diese Zahlung leistet, so wird diese Schuld geradesogut getilgt, wie wenn es seine eigene gewesen wäre.

Um zu einem sicheren Ausgangspunkte zu gelangen, dazu

reichen freilich unsere Quellen nicht aus. In dem weiten Umfange des römischen Reiches mag man bald dieses, bald jenes unter Stipulation verstanden haben; und so könnte denn auch der Ausgangspunkt in verschiedenen Gegenden ein verschiedener gewesen sein.

Ferner würde, selbst wenn die Grundbedeutung von stipulari feststände, dies ohne weiteres noch gar nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Denn für die Rechtsentwicklung kommt es nicht so sehr auf die Grundbedeutung an, als vielmehr auf die Bedeutung, welche ein Wort zu der Zeit hatte, als sich die Rechtsordnung dieses Wortes bemächtigte. Was von der Sponsion, siehe Erkl. 9, gilt in dieser Beziehung auch von der Stipulatio.

Die älteste Bedeutung, die uns für das stipulari bzw. instipulari überliefert ist, tritt uns vielleicht entgegen auf den Iguvinischen Tafeln. Hier müssen die Vögel festgestellt werden, die zu beobachten sind. Der Augur spricht den Wunsch aus: ich möchte die und die Vögel beobachten. Dementsprechend antwortet der Flamen.

Bei der späteren Stipulation wird ein Schuldverhältnis festgestellt. Auf die Art und Weise, wie dies durch Frage und Antwort geschah, könnte das spondesne? spondeo von Einfluß gewesen sein.

18. Schluß. Klagbarkeit.

Die Stipulation ist von tief eingreifender Bedeutung gewesen für die Entwicklung des römischen Rechtslebens. Ein einfaches Versprechen genügt, um eine Klage ins Leben zu rufen. Der Prätor wird gar nicht gefragt, ob er auch damit einverstanden sei. Zeugen sind ebensowenig erforderlich, die es mitangehört hätten. Und dabei braucht es sich nicht etwa um römische Bürger zu handeln. Im Gegenteil — der Fremdenverkehr in Rom ist es, der vor allen Dingen in Betracht kommt.

Sollten von diesem Wandel der Dinge gar keine Spuren

mehr übrig geblieben sein, die uns näher verkündeten, wie das alles gekommen?

Gajus IV, 20 berichtet von einer legis actio, und gerade der jüngsten, er wisse nicht, weshalb sie eigentlich nötig gewesen sei: quare autem haec actio desiderata sit . . ualde quaeritur. Hier ließe sich vielleicht einsetzen.

Schon die Ausdrücke condicere, condictio weisen uns hin auf den condictus dies cum hoste, also die Rechtsstreitigkeiten mit Peregrinen.

Wenn ferner das dabis? dabo der Peregrinen klagbar sein sollte, so konnte ihnen unmöglich die Intentio auf dare oportere versagt sein. Hier haben wir nun Klagen de eo quod uobis dari oportet; und zwar heißt es IV, 19: legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege uero Calpurnia de omni certa re. Für die condictio de omni certa re hat sich im tit. D. 13, 3 noch die Bezeichnung condictio triticiaria erhalten. Damit werden wir hingewiesen auf das Getreidegeschäft.

Eine Eigentümlichkeit dieser Prozeßart scheint die Eideszuschiebung gewesen zu sein. Der Kläger konnte den Bestand seiner Forderung von dem Eide des Beklagten abhängig machen. Der Nutzen eines solchen Mittels leuchtet um so mehr ein bei einem Rechtsgeschäfte, das weder die Gegenwart von Zeugen verlangte, noch vor einem Magistrate abgeschlossen zu werden brauchte.

Es fehlt freilich nicht an namhaften Schriftstellern, welche behaupten: daß die legis actio den Peregrinen überhaupt versagt war. Ich glaube aber nicht, daß sich diese Ansicht halten läßt.

Die neue Klagbarkeit kam demnach vor allen Dingen den Peregrinen zugute und bedarf jetzt noch von einem andern Gesichtspunkte aus einer näheren Betrachtung.

Die neuen Klagen auf dare oportere müssen die Zu-

ständigkeit und somit die Tätigkeit des Prätors in großem Umfange erweitert haben.

Diese erweiterte Tätigkeit des Prätors könnte mit die Veranlassung gewesen sein, daß in den Jahren 508/246 bis 512/242 in Rom eine neue Prätur eingerichtet wurde: Liu. per. 19.

Der neue Prätor heißt in den Gesetzen der Republik praetor quei inter peregrinos ious deicet: vgl. Mommsen, R. Staatsrt. Bd. 2 [3] S. 196. 197. Auf alle Fälle wird er es also auch mit den Stipulationen der Peregrinen untereinander zu tun gehabt haben.

Eine nähere Ausführung der hier aufgeworfenen und damit zusammenhängender Fragen muß ich mir für später vorbehalten.

19. Das einseitige Versprechen. III, 95ª—96.

I. Als Beispiele von Verbalobligationen, die durch einseitiges Versprechen, uno loquente, entstanden, führt uns Gajus vor das dotem dicere und den Eid des Freigelassenen.

1. Das dotem dicere.

Das dotem dicere fällt unter den Begriff des legem dicere, das einstmals ein weites Gebiet einnahm. Näheres Societas publicanorum Bd. 1 S. 117 flg.

Nur die Frau, ihr Vater und Großvater sowie ein Schuldner der Frau auf deren Geheiß konnten auf diese Weise eine Mitgift versprechen, etwa in der Form: tot milia tibi doti erunt.

Wollten andere eine Mitgift versprechen, so mußten sie sich der Stipulation bedienen. Mittelbar werden aber Fremde doch auch wohl Zutritt zum dotem dicere gehabt haben. Eine Frau brauchte ja nur den, der ihr schenken wollte, zu delegieren. Vgl. Paul. fr. 5 § 5 de doli mali 44, 4.

Eine andere Erklärung für diesen Delegationsfall versucht Czyhlarz, Z.RG. Bd. 7 S. 255.

Das dotem dicere wird von Bechmann, Das röm. Dotalrecht Bd. 2 S. 98 und Czyhlarz, Das röm. Dotal-

recht S. 114 als ein Vertrag aufgefaßt. Das ist richtig vom Standpunkt einer modernen Anschauung: denn mindestens stillschweigend wird der Ehemann mit dem dotem dicere sich einverstanden erklärt haben. Aber stillschweigende Erklärungen wurden in alter Zeit nicht beachtet. Das dotem dicere ist in der Tat eine einseitige Handlung. Näheres über den Begriff des dicere Soc. publ. Bd. 1 S. 128.

Das dotem dicere wie überhaupt das legem dicere trat einmal einem anderen Geschäfte hinzu. Hierauf hat bereits Bechmann a. a. O. S. 90 aufmerksam gemacht. Aber er sowohl wie Czyhlarz, Dotalrt. S. 116 bringen es in Beziehung zu den Sponsalien, die als klagbar vorausgesetzt werden. Allein klagbare Sponsalien gab es wohl einmal nach altem Latinerrecht, wie dies Servius und Neratius bei Gell. n. a. IV, 4 bezeugen; sie wurden aber im Jahre 664/90 beseitigt, weil sie dem damaligen römischem Rechte nicht entsprachen: siehe oben S. 118.

Meines Erachtens ist dieses dotem dicere vielmehr zu verbinden mit der Eheschließung. Bechmann wendet dagegen freilich ein, 'daß eine rechtsverbindliche Nebenabrede nur gedacht werden kann in Beziehung auf ein wenigstens möglicherweise klagbares Hauptgeschäft, unter dessen Schutz sie gleichsam gestellt ist'. Die Richtigkeit dieser Auffassung kann ich nicht zugeben. Das legem dicere treffen wir z. B. auch an im Sakralrecht bei der Dedikation, im Völkerrecht, im Staatsrecht — siehe Soc. publ. Bd. 1 S. 117 — warum also nicht auch bei der Eheschließung? Vorauszusetzen ist natürlich eine gültige Ehe. Fehlt es derselben an wesentlichen Erfordernissen, so besteht auch die Mitgift nicht zu Recht: denn dos sine matrimonio esse non potest.

Ulp. 6, 2 berichtet: dotem dicere potest mulier quae nuptura est. Unter der mulier quae nuptura est haben wir eine Frau zu verstehen, die im Begriffe ist, zu heiraten. Demnach hätte das dotem dicere kurz vor dem eigentlichen Abschlusse der Ehe stattfinden müssen.

Dann wird man sich auch damit zufrieden gegeben haben, wenn nur das dotem dicere vor der Eheschließung erfolgte. Auf diese Weise sonderte sich das dotem dicere von der Eheschließung formell ab und entwickelte sich zu einem selbständigen Versprechen. Daran hat man aber in der klassischen Zeit stets festgehalten, daß ein dotem dicere nach Abschluß der Ehe unzulässig sei. In dieser Beziehung macht Bechmann a. a. O. S. 92 namentlich aufmerksam auf Vat. fr. 110: Paulus respondit etiam post nuptias copulatas dotem promitti uel dari posse.

Eine weitere Entwicklung bringt Gai epit. II, 9 § 3: si mulier, siue sponso uxor futura, siue iam marito, dotem dicat. Danach kann das dotem dicere zu jeder beliebigen Zeit von einer Ehefrau vorgenommen werden.

Daraus, daß das dotem dicere einmal ein Anhängsel der Eheschließung war, erklärt sich die Schranke hinsichtlich der verpflichtungsfähigen Personen. Das dotem dicere können nur diejenigen vornehmen, welche zum Abschluß einer Ehe nötig sind: einmal die Frau selber, wenn sie selbständig, sonst der Inhaber der väterlichen Gewalt. Vgl. Vat. fr. 99; Coll. 4, 2 § 3.

Das Verhältnis zur promissio dotis fasse ich dahin auf, daß ich in dem dotem dicere das ältere Gebilde erblicke. Hätte es von Haus aus eine promissio dotis gegeben, so würde für die Entwicklung einer dotis dictio nie ein Bedürfnis hervorgetreten sein.

Die dictio dotis ist im späteren Rechte fortgefallen, dafür aber der formlose Vertrag hinzugetreten: c. 4 C. Th. de dotibus 3, 13 = c. 6 C. I. de dot. prom. 5, 11 vom J. 428.

In den Pandekten wie im Kodex ist sie beseitigt, aber an vielen Stellen noch leicht erkennbar: vgl. z. B. Iul. fr. 44 de iure dot. 23, 3 Lenel n. 268; Ulp. fr. 1 § 8 de dot. coll. 37, 7 Lenel n. 1122; c. 1 vom J. 201, c. 13 vom J. 293 de iur. dot. 5, 12.

2. Der Eid des Freigelassenen.

Der Eid des Freigelassenen hat uns bereits Bd. 3 Abt. 1 Erkl. 49. 50 S. 188. 191 beschäftigt. Ursprünglich konnte eine Verpflichtung zu Dienstleistungen nur durch Eid begründet werden, und zwar leistete diesen Eid der Sklave vor seiner Freilassung. Später muß der Eid nach der Freilassung wiederholt werden, wenn dieses Verlangen sofort bei der Freilassung gestellt wird. Es steht aber in der Macht des Freigelassenen, beliebige Zeit nach der Freilassung den Eid freiwillig abzulegen und auf diese Weise noch nachträglich eine Verpflichtung zu begründen. So verstehe ich Ulp. fr. 7 § 1 de op. lib. 38, 1: Iurare autem debet post manumissionem, ut obligetur: et siue statim siue post tempus iurauerit, obligatur. Und so verstanden widerspricht diese Stelle nicht Ven. fr. 44 pr. de lib. causa 40, 12, was Pernice, Sakralrt. II S. 9 behauptet hat.

Dieser Eid ist ebenfalls als ein einseitiges Versprechen aufgefaßt worden, obwohl auch hier der Patron wenigstens stillschweigend zustimmt.

Ferner wird dieser Eid ursprünglich ein Anhängsel der Freilassung gewesen sein; erzeugte dann aber, wenn geraume Zeit nach der Freilassung freiwillig abgeleistet, ebenfalls eine Klage.

Nach römischem Rechte ist dies der einzige übrig gebliebene Fall, wo noch in späterer Zeit durch Eid eine zivilrechtliche Verpflichtung begründet werden konnte. Bei den Peregrinen scheint der Eid für das Obligationenrecht von größerer Bedeutung gewesen zu sein. Vgl. Mitteis, Festgabe für Bekker S. 111.

Es taucht freilich die Frage auf, wie wir uns abfinden wollen mit IV, 185: Fiunt autem uadimonia quibusdam ex causis . . iureiurando. Der Eid wird wohl in Fällen dieser Art einem an sich schon klagbaren Versprechen nur noch eine gewisse moralische Bekräftigung hinzugefügt haben.

II. Abgesehen von den beiden Beispielen eines einseitigen Versprechens, die Gajus bringt, hat es noch andere Fälle dieser Art gegeben.

1. In erster Linie käme in Betracht die nuncupatio. Sie ist vielleicht deshalb fortgelassen, weil sie sich nie zu einem selbständigen Versprechen herausgearbeitet hat, sondern stets Anhängsel eines Hauptgeschäftes geblieben ist.

2. Weiter wäre zu erwähnen die Pollicitatio. Die ist vielleicht fortgeblieben, weil wir es hier mit einem jüngeren Gebilde zu tun haben. Läßt sie sich auch bis in die letzten Zeiten der Republik verfolgen, so verdankt sie doch ihre wesentliche Ausbildung der kaiserlichen Gesetzgebung. Vgl. Soc. publ. Bd. 1 S. 380 flg.

III. Auf dem Gebiete des Sakralrechtes kam dem einseitigen Versprechen erhöhte Bedeutung zu. Einen Hauptfall liefert das Votum. Das Gelübde, welches sich der Brust des angsterfüllten Menschen entringt, ist vielleicht das älteste Versprechen, das rechtliche Wirkungen hatte. Siehe darüber Danz, Der sakrale Schutz S. 231 flg.; Pernice, Zum römischen Sakralrechte I S. 4 flg.

20. Ungültige Stipulationen. III, 97—109.

Unser Lehrbuch enthält einen eigenen Abschnitt, welcher von den ungültigen Stipulationen handelt, und später vermutlich die Ueberschrift De inutilibus stipulationibus erhalten haben wird. Diesem Abschnitte entspricht I. I. tit. III, 19 und C. I. tit. 8, 38.

Eine planmäßige Anordnung liegt wieder nicht vor, wie sich bald herausstellen wird. Ich zerlege den Abschnitt in Teile und werde die §§ 104a.—109, die sich mit der Ungültigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit beschäftigen, abtrennen, indem ich zugleich der infantia des § 109 wie den Gewaltunterworfenen des § 104a eine eigene Erklärung widme.

Zunächst möchte ich mir aber eine Vorbemerkung in Bezug auf den ganzen Abschnitt erlauben.

Offenbar wird in dem ganzen Abschnitte davon ausgegangen, daß eine Stipulation als solche klagbar ist. Es werden ja nur Ausnahmen aufgeführt, wo diese Klagbarkeit nicht eintreten soll. Insonderheit hängt es nicht von der Machtvollkommenheit des Prätors ab, ob er auf Grund einer Stipulation eine Klage gewähren will oder nicht. Aus nebelgrauer Ferne stammt die klagbare Stipulation schwerlich schon. Vor allen Dingen ist sie dem Zwölftafelrecht noch fern zu halten. Wie erklärt sich nun die Tatsache: daß Privatpersonen auf Grund eines einfachen Versprechens — es brauchen gar nicht einmal Römer zu sein, wir haben sogar vorzugsweise Fremde vorauszusetzen — einen Prätor nötigen können, sie zur Klage zuzulassen? Es ist doch nicht anders denkbar, als daß nach dieser Richtung hin irgendeine Gesetzgebung eingegriffen haben muß.

Setzen wir also im allgemeinen voraus: der Prätor sei von der Gesetzgebung angewiesen worden, Klagen aus Stipulationen zuzulassen. Nun ist aber jeder Satz vernünftig auszulegen. Sonst könnte ja jemand auf den Einfall geraten, sich einen Hippokentauren versprechen zu lassen. Hier tritt die Wissenschaft dem Prätor zur Seite und entwickelt den Begriff der ungültigen Stipulatio.

So berührt sich denn der Begriff der ungültigen Stipulation mit der Frage: inwiefern ist der Prätor berechtigt, Klagen zu verweigern? Das wird ihm von vielen bereitwilligst zugestanden für den Formularprozeß, nicht aber für die alte legis actio. Ich werde hierauf zurückkommen bei der Beleidigungsklage mit Wertabschätzung: siehe Erkl. 93 unter 13.

21. Fortsetzung. Ein älterer Bestand in späterer Bearbeitung. III, 97—104.

Eine alte Reihe hat anscheinend mit Denique im § 100 das letzte Beispiel angefügt bekommen, weiter wird also der alte Grundstock nicht gegangen sein.

Ungültig ist eine Stipulation, wenn die versprochene Sache überhaupt nicht gegeben werden kann: sei es aus rechtlichen

Gründen, wie bei Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind; sei es aus natürlichen Gründen, weil die versprochene Sache überhaupt nicht existiert.

Der freie Mensch wird auf gleiche Stufe gestellt mit einer dem Verkehr entzogenen Sache. Es ist bemerkenswert, daß diese Gleichung erst von Gajus eingeschoben. Hohes Alter kann ihr jedenfalls nicht zukommen, denn sie hängt mit der Entwickelung zusammen, die im Sklaven mehr eine Sache als einen Menschen zu erblicken geneigt war: vgl. Bd. 1 Erkl. 14 S. 139 flg.

Wegen dieser Zusammenstellung im allgemeinen verweise ich auf Haymann, Die Haftung des Verkäufers Bd. 1 § 6 S. 154 flg.

Ferner ist ungültig eine bedingte Stipulation, wenn die Bedingung eine unmögliche.

Sodann kann sich niemand seine eigene Sache versprechen lassen.

Endlich ist ungültig das Stipulationsversprechen nach meinem oder deinem Tode: III, 100. 117. 176.

Dieser letztere Satz hängt damit zusammen, daß Forderungen und Schulden mit dem Tode einmal erloschen. Siehe Buch 2 Abt. 2 Erkl. 2 und 61. Justinian hat diesen Satz beseitigt: I. I. III, 19 § 13; c. 11 de contr. et comm. stip. 8, 37.

Von Gajus rühren einige Zusätze her, aber auch schon vor Gajus ist die alte Reihe fortgesetzt worden.

In dieser Beziehung ist zu beachten, daß die HS. im § 102 mit Adhuc absetzt.

Ungültigkeit der Stipulation liegt vor, wenn die Antwort der Frage nicht entspricht, z. B. in Bezug auf die Zahl; oder wenn unter einer Bedingung versprochen wurde, wo unbedingt gefragt war.

Für solche, deren Gewalt man nicht unterworfen ist, kann man sich nichts versprechen lassen.

Der Gewaltinhaber kann sich nichts versprechen lassen

vom Gewaltunterworfenen, und umgekehrt nicht der Gewaltunterworfene vom Gewaltinhaber.

Mit dem letzten Satze wird schon gestreift die Geschäftsunfähigkeit, womit sich dann die folgenden Paragraphen näher beschäftigen.

22. Fortsetzung. Geschäftsunfähigkeit. III, 105—108.

Unfähig eine Stipulation abzuschließen sind Stumme und Taube.

Die Unfähigkeit der Tauben scheint erst später anerkannt zu sein: idem etiam in surdo receptum est. Sie konnten ja auch sprechen und sich verständigen.

Und ob die Stummen von jeher zur Stipulation nicht zugelassen wurden? Sie konnten zwar nicht sprechen, aber sich verständigen: vgl. Erkl. 16.

Der Geisteskranke ist überhaupt geschäftsunfähig. Für ihn handelt aber der curator. Dieser Satz hat sich bereits auf Grund der Zwölftafelstelle V, 7a entwickelt: vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 205. 224.

Unmündige sind keineswegs von der Stipulation ausgeschlossen. Wollen sie sich aber verpflichten, so muß ein Vormund zur Mitwirkung herangezogen werden.

Ebenso stehen mündige Frauen da. Auch sie werden aus einer Stipulation nur verpflichtet, wenn ihr Vormund mitwirkt. Das gilt hier aber nicht von allen Verpflichtungen: z. B. nicht von denen aus Constitutum, Ulp. fr. 1 § 1 de pec. const. 13, 5; oder aus einer Pollicitatio, Ulp. fr. 6 § 2 de poll. 50, 12. Vgl. Rudorff, Vormundschaft Bd. 2 S. 274.

Die Unmündigkeit wäre jetzt noch näher abzugrenzen von der infantia.

23. Fortsetzung. Infantia. III, 109.

Savigny, System Bd. 3 S. 29 flg. hat anlangend die Geschäftsfähigkeit des Kindes den Satz aufgestellt, daß die

infantia genau die ersten sieben Lebensjahre ausfülle. Seine Ansicht hat vielen Beifall gefunden und ist ja auch in unser BGB. hinübergenommen, wo es § 104 i. A. heißt: 'Geschäftsunfähig ist: 1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat'.

Aber in dieser Allgemeinheit ist der Satz nicht einmal für das Justinianische Recht richtig, geschweige denn für das klassische Recht.

1. Die Römer haben vielmehr die Regel aufgestellt: ein Kind, welches sprechen kann, ist fähig, Rechtsgeschäfte jeder Art abzuschließen. Infans ist in seinem natürlichen Sinne zu nehmen: als ein Wesen, das noch nicht sprechen kann. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1[4] § 53 Anm. 4.

Savigny beruft sich hauptsächlich auf vier Stellen.

In c. 8 C. Th. de mat. bonis 8, 18 vom Jahre 407 sagen die Kaiser: daß sie in Bezug auf die vom Vater zu fordernde bonorum possessio des mütterlichen Nachlasses oder die von ihm anzutretende hereditas aus eigener Machtvollkommenheit für das Kindesalter bestimmte, und zwar sieben Jahre vorschrieben. Schon Jacobus Gothofredus hat hieraus mit Recht gefolgert, daß vor diesem Gesetze bei den in Frage stehenden Handlungen das kindliche Alter gar nicht durch feste Jahre bestimmt war.

In c. 18 de iure deliberandi 6, 30 aus dem Jahre 426 hat der neue Rechtssatz auf dem Gebiete des Erbrechts eine erweiterte Gestalt angenommen.

Bei Mod. fr. 14 de spons. 23, 1 ist der Schlußsatz id est usw. interpoliert. So schon Faber bei Paul Krüger Dig.[11]. Zuweit geht Ihering, Vorgeschichte S. 408, der die Stelle von si modo an verdächtigt. Nach Modestin konnten sich Kinder verloben, sobald sie von der Sache ein Verständnis hatten.

Die letzte Stelle ist Ulp. fr. 1 § 2 de adm. et per. tut. 26, 7. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 216 ist wegen Annahme einer Interpolation bedenklich. Allein schon Ant. Faber

Iurispr. Pap. tit. XIII de tut. pag. 451 seqq. und Gradenwitz, Interp. S. 99 flg. haben eine Reihe von Verdachtsgründen beigebracht. Meines Erachtens geht auf Ulpian nur Folgendes zurück. Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, siue ipsi iudicium suscipiant siue pupillus ipsis auctoribus: ita tamen ut pro his, qui fari non possunt uel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant. Das Uebrige ist spätere Zutat.

Diesem allem zufolge haben die römischen Rechtsgelehrten ein bestimmt abgegrenztes Kindesalter gar nicht gekannt. Selbst noch nach Justinianischem Rechte sind die sieben Jahre nicht als Regel zu betrachten, sondern kommen nur in einzelnen Fällen zur Anwendung.

2. Was insonderheit die Stipulation anbetrifft, so sind hier die sieben Jahre weder nach Justinianischem noch nach klassischem Rechte irgendwie maßgebend. Vielmehr ist die Grundanschauung auch hier gewesen: zugänglich der Stipulation ist das Kind, so bald es sprechen kann.

Demgegenüber verrät nun unser § 109 den Versuch einer weiteren Beschränkung. Es soll beim Kinde auf den Verstand Rücksicht genommen werden: ähnlich wie Modestin beim Verlöbnis zu Werke ging. Darnach würde ein Kind, nicht bloß so lange es nicht sprechen kann, sondern auch, nachdem es sprechen gelernt, noch eine Zeit lang zum Abschluß einer Stipulation untauglich sein.

Dieser Satz ist später hinzugefügt. Dafür spricht, daß wieder auf den pupillus zurückgegriffen wird, nachdem die Darstellung schon weiter fortgeschritten war.

Es ist sehr wohl möglich, daß Gajus dieser Anfügende war. Dafür scheinen zu sprechen das utique und das quia.

3. Nun enthält aber die Anfügung nicht bloß einen auf Weiterbeschränkung gerichteten Satz, es wird vielmehr gleichzeitig mit einem sed auf eine benignior iuris interpretatio hingewiesen.

Ich habe diesen zweiten Sedsatz einem Nachgajaner über-

wiesen. Vielleicht trifft dasselbe zu für den übrigen Inhalt des § 109. Auf alle Fälle liegt eine dreifache Anschauung vor, die schon als solche darzulegen wäre.

Aelteste Anschauung. Wenn es irgendwo nötig, soll bei Rechtsgeschäften Unmündiger die Mitwirkung des Vormundes hinzutreten: sicubi tutoris auctoritas necessaria sit. Nötig ist es z. B. bei Verpflichtungen: ueluti si ipse obligetur. Also nicht bloß bei Verpflichtungen. Die Regel läßt noch einen gewissen Spielraum frei für Entstehung von Forderungen.

Zweite Anschauung. Rechtsgeschäfte mit Unmündigen sind nur möglich, wenn schon einiger Verstand vorhanden: de eo uerum est, qui iam aliquem intellectum habet. Kinder, die noch nicht sprechen können, und solche, die diesen sehr nahe kommen, haben noch keinen Verstand.

Dritte Anschauung. Aus der zweiten Anschauung würde sich ergeben, daß die hier umfaßten Kinder von Rechtsgeschäften ausgeschlossen seien. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wird indes eine mildere Auslegung bevorzugt. Der Satz ist freilich etwas unklar. Er sieht aus, als ob er sich auf alle Kinder ohne Ausnahme beziehen sollte.

Genauer ist die Fassung I. I. III, 19, § 10. Hiernach soll die mildere Auslegung nur stattfinden in proximis infanti.

4. Und was Gajus selber anbetrifft, so muß er von den Zweifeln, die ihm der geringe Verstand von Kindern verursachte, die eben erst sprechen gelernt hatten, zurückgekommen sein, da er wenigstens in den Pandekten den alten Standpunkt wieder einnimmt: sobald ein Kind sprechen gelernt, kann es stipulieren. Vgl. lib. sec. aur. fr. 1 § 13 de obl. et act. 44, 7: nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse. lib. 27 ad ed. prou. fr. 6 rem pup. 46, 6: si praesens sit et fari potest, etiamsi eius aetatis erit, ut non intellegat quid agat, tamen propter utilitatem receptum est recte eum stipulari. lib. 2 de uerb. obl. fr. 141 § 2 de uerb. obl. 45, 1: Pupillus licet ex quo fari coeperit, recte stipulari potest.

Von diesen drei Stellen ist die erste einem Werke entnommen, das jünger als die Institutionen. Dasselbe zeitliche Verhältnis ergibt sich für die zweite aus dem Inhalt. Von der dritten läßt sich freilich nur sagen, daß das Werk, dem sie angehört, nach 148 fällt: siehe Rtsgel. Gaj. S. 7.

Mit Gajus stimmt überein Ulp. fr. 70 de uerb. obl. 45, 1. Eine allgemeinere Regel bringt Paul. fr. 5 de diu. reg. iur. 50, 17. Der Kindesverstand bzw. Nichtverstand mußte auch anderswo ausreichen. Sonstige Anwendungsfälle bieten dar: Die Freilassung bei Ulp. fr. 30 §§ 1. 2. 4 de fid. com. lib. 40, 5; die Erbschaftsantretung bei Paul. fr. 9 de adq. uel am. her 29, 2; die Herausgabe einer Erbschaft bei Maecianus fr. 67 § 3 ad S. C. Treb. 36, 1. Die Veräußerung hat mich in dieser Beziehung schon früher beschäftigt: siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 225 flg.

Also genügte für die Stipulation, daß das Kind sprechen konnte und wirklich sprach. Sollte eine Verpflichtung entstehen, so mußte der Vormund allerdings mittätig werden. Beim Erwerbe durch Stipulation konnte von einer solchen Mittätigkeit des Vormunds, wie es scheint, später ganz abgesehen werden.

Da Gajus seine Bedenken wegen des Kindesverstandes später hat fallen lassen, so könnte der Sedsatz am Schlusse des § 104a aus Gajus' eigenen Schriften, vielleicht den lib. aur.. später nachgetragen sein. Jedenfalls läßt aber die Fassung zu wünschen übrig.

5. Immerhin macht der infanti proximus vom Standpunkte des römischen Rechtes aus einen etwas rätselhaften Eindruck. Die Justinianschen Rechtsbücher bringen ihn nur I. I. III, 19 § 10, wo er begrifflich abgelehnt wird und offenbar von Gajus herübergenommen worden. Vielleicht gibt Theophilus einigen Aufschluß.

Theoph. III, 19 § 10 unterscheidet eine dreifache Unmündigkeit. Die Unmündigen sind teils die noch Saugenden und etwas Größeren, οἱ ἔτι θηλάζοντες καὶ οἱ μικρᾷ μείζονες, teils die próximoi infanti οἷον οἱ ἀρξάμενοι λαλεῖν καλῶς,

teils die próximoi pubertati. Unter dem Schönreden, λαλεῖν καλῶς, haben wir aber noch ein bloßes Hersagen von Worten zu verstehen; es heißt vom proximus infanti gleich weiter: ὁποῖός ἐστιν ὁ ἕβδομον ἢ ὄγδοον ἄγων ἐνιαυτόν. οὗτος γὰρ εἰ καὶ ἐκφωνεῖν τὰ ῥήματα δύναται ἀλλὰ διακρίνειν οὐ δύναται ὅ, τίποτε νοεῖ τὰ λεγόμενα.

Woher mag diese dreigegliederte Unmündigkeit stammen? Jedenfalls nicht aus dem römischen Rechte. Andererseits ist schwer zu glauben, daß sie der Phantasie des Theophilus entsprungen wäre. So werden wir es doch wohl mit griechischem Rechte zu tun haben.

Und wenn Gajus Bedenken äußert hinsichtlich dessen, qui infanti proximus est; und dies damit begründet, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent: so werden ihm solche Bedenken nicht von ungefähr gekommen sein, sie könnten möglicherweise zurückgehen auf griechisch-rechtliche Vorstellungen.

Dieser Einfluß des griechischen Rechtes dürfte ferner zu Tage treten in dem Kindesalter von sieben Jahren, zu dem sich das spätere römische Recht in einzelnen Fällen bekannt hat.

24. Die Gewaltunterworfenen. III, 104a.

Der § 104a wird anscheinend erst später zugefügt sein. Davon war schon die Rede Rtsg. Gajus S. 297.

Als Gewaltunterworfene, die sich überhaupt nicht verpflichten können, werden aufgezählt: Sklaven, das Hauskind in mancipio, die Haustochter, die Frau in manu.

Wir haben hier eine Regel vor uns, die sich nicht auf die Stipulation beschränkt; darauf deutet auch hin der allgemeine Ausdruck obligari non possunt. Aber so ganz allgemein ist sie doch nicht richtig.

Einmal sind die Delikte auszunehmen, wo uns der Satz entgegentritt noxa caput sequitur. Vgl. z. B. Ulp. fr. 1 § 2 de priu. del. 47, 1; Ulp. fr. 14 de obl. et act. 44, 7: Serui ex delictis quidem obligantur et, si manu mittantur, obligati remanent.

Wir werden also namentlich auf die Kontrakte hingewiesen. So heißt es denn auch bei Paul. fr. 43 de obl. et act. 44, 7: seruus autem ex contractibus non obligatur.

Dann entspricht zwar dem obligari non possunt das non obligatur bei Paulus. Ferner sagt Ulp. fr. 22 de diu. reg. iur. 50, 17: In personam seruilem nulla cadit obligatio. Aber beide lassen doch anderswo eine naturalis obligatio entstehen: Ulp. fr. 14 de obl. et act. 44, 7; fr. 19 § 4 de don. 39, 5; Paul. fr. 13 pr. de cond. indeb. 12, 6; fr. 20 § 2 de statulib. 40, 7. Und so schon Pap. fr. 50 § 2 de pec. 15, 1: naturalis obligatio, quam etiam seruus suscipere uidetur.

Freilich ist diese Auffassung jüngeren Ursprungs: Mandry, Familiengüterrecht Tl. 1 S. 344 flg. S. 370. Aber, wenigstens der Sache nach, tritt sie uns bereits bei Gajus III, 119 entgegen. Vgl. zu dieser Stelle unten Erkl. 26.

Also mit dem obligari non possunt dürfen wir es nicht allzustreng nehmen. Immerhin ist unsere Stelle recht bemerkenswert. Sie gehört zu denjenigen, zu deren Vervollständigung Studemund wesentlich beigetragen hat.

Dem Sklaven schließt sich an das Kind in mancipio. Mit dessen Verpflichtungsunfähigkeit beschäftigt sich K. A. Schmidt, Das Hauskind in manc. S. 20 flg. Freilich ohne unsere Stelle zu benutzen.

Weiter wird genannt die filia familias. Studemund hat allerdings nur zwei Buchstaben gelesen: das erste l und am Ende das s. Aber die Ergänzung ist sicher. Die Verpflichtungsunfähigkeit der Haustochter hat bereits Mandry, Familiengüterrt. Bd. 1 S. 347 flg. Savigny gegenüber verteidigt, ohne dabei auf unsere Stelle Rücksicht zu nehmen. Sein Hauptgrund ist das Fehlen eines Vormundes. In Bezug auf Gai. fr. 141 § 2 de uerb. obl. 45, 1 wird von ihm mit Recht hervorgehoben, daß in dem Satze idem et in filia familias impubere dicendum est das impubere interpoliert sein müsse.

Außerdem beruft sich Mandry auf Paul. fr. Vat. 99 und c. 11 quod cum eo 4, 26 vom Jahre 294. Er hätte aber auch noch für sich anführen können Ulp. fr. 3 § 4 comm. 13, 6. Hiernach kann cum filio familias ipso et directo geklagt werden, dasselbe gilt aber nicht von der filia familias.

Wie mit der filia familias verhält es sich auch mit der Ehefrau in manu. Deren Verpflichtungsunfähigkeit hatte bereits Cujacius, Obs. 7, 11 mit großer Bestimmtheit behauptet: Post conuentionem in manum, quia tutore carebant, et ea in re tutoris auctoritas necessaria erat, non obligabantur ciuiliter, ne marito quidem auctore. Cujacius vermutete, daß dieser Satz ursprünglich bei Ulp. fr. 2 § 2 de capite minutis 4, 5 gestanden habe.

Zu den Verpflichtungsunfähigen gehörten einmal auch die Haussöhne. In dieser Beziehung ist eine Rechtsänderung eingetreten: siehe Bd. 3 Abt. 1 S. 186. Dieselbe beschränkt sich aber auf die mündigen Haussöhne. Hinsichtlich der unmündigen hat sich die alte Auffassung behauptet: Gai. fr. 141 § 2 de uerb. obl. 45, 1.

25. Die Adstipulation.

III, 110—114. 117. 117a. 126. 215; IV, 113.

Die einzige juristische Quelle für die Adstipulation ist Gajus.

1. Aus der nichtjuristischen Litteratur wäre etwa hervorzuheben die Begriffsbestimmung des Aelius Gallus bei Festus unter Reus Th. S. 372: qui alteri adstipulatus est; und die bei Isid. diff. uerb. append. 162: astipulatio eiusdem pecuniae, ut uel alter repetere possit.

Bei Cicero kommt zweimal ein adstipulator vor: pro Quinct. 18 § 58 Litterae P. Quinctii, testes tot . . cum adstipulatore tuo comparabuntur; in Pis. 9 § 18: aduocato aut astipulatore.

Aus der letztern Stelle hat man geschlossen, daß das Adstipulieren ein Gewerbe gewesen sei. Das ist an sich nicht

unwahrscheinlich, und dürfte noch deutlicher hervorgehen aus Ps. Cic. ep. ad Oct. 9: cuius auus fuerit argentarius, adstipulator pater.

2. Mit dem adstipulator beschäftigte sich bereits die lex Aquilia. Dieselbe fällt in die Zeit der lex Hortensia, die bei Gelegenheit der dritten Sezession im Jahre 467/287 erlassen wurde: vgl. Theoph. IV, 3 de lege Aq. § 15; Bas. 60, 3 § 1 schol. und dazu Karlowa, R. Rtsgesch. Bd. 2 S. 794.

Wir werden somit versetzt in eine Zeit, wo der Begriff Universalsukzession noch wenig ausgebildet war. Daß ein Nachlaß für Schulden hafte, kann sich füglich erst nach der lex Poetelia entwickelt haben: siehe Bd. 3 Abt. 1 Erkl. 45. Und auf Forderungen des Erblassers hatten Gläubiger noch nach der neuen Pontifikalordnung keinen Anspruch: siehe Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 32 S. 196.

Erlöschen aber Forderungen mit dem Tode des Berechtigten, so ist gleichzeitig klar der ökonomische Zweck, dem die Adstipulation einmal diente.

3. Es heißt III, 117: adstipulatorem uero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. Auch wird einmal die Adstipulation sich unmittelbar angeschlossen haben dem § 100, wo uns die Stipulation 'pos mortem meam dari spondes?' entgegentritt; und wo wir uns den Valet-Satz als jüngere Bildung noch wegzudenken haben.

Die Stipulation 'pos mortem Gai dari spondes?' kann nur noch eine untergeordnete Rolle gespielt haben, als der Uebergang der Forderungen auf den Erben im allgemeinen fest stand. Es muß ihr aber erhöhte Bedeutung zugekommen sein, als noch die Forderungen mit dem Tode des Gläubigers erloschen. Und daß die Adstipulation dieser Zeit entstammen muß, nehmen wir deutlich an ihrem eigenen Schicksale wahr: denn auch die Adstipulatio erlischt mit dem Tode des Adstipulators. Vgl. III, 114; IV, 113.

Ferner wird uns klar, weshalb der eigene Sklave des Stipulators zur Adstipulation untauglich: seruus adstipulando nihil agit. Denn der Sklave erwirbt ja seinem Herrn, und dessen Forderungen erlöschen mit seinem Tode.

4. Der Adstipulator kann die Forderungen einklagen und gültig darüber quittieren. Der Zweck dieses Rechtsgeschäftes ist aber nicht notwendig, daß der Adstipulator den eingezogenen Betrag behalte. Der Hauptgläubiger rechnet vielmehr von Haus aus darauf, daß der Adstipulator diesen Betrag seinen Erben zustelle. Mittelst der Adstipulation suchte man auf einem Umwege zu erreichen, daß die Forderungen auf die Erben übergingen.

Hier scheint der Einwand nahe zu liegen: konnte denn ein solches Vorgehen nicht angefochten werden? Und so ist wohl zu verstehen 'die Möglichkeit', von der Girard-von Mayr S. 815 spricht, 'dadurch in rechtlich übrigens anfechtbarer Weise das Verbot einer erst nach dem Tode des Versprechensempfängers wirksam werdenden Stipulation zu umgehen'.

Es wäre indes zu bedenken, daß hier ein Umgehen in Frage steht, das schließlich die Rechtsauffassung umgestaltet hat: ein Uebergang der Forderungen auf die Erben, der ursprünglich ausgeschlossen war, ist später im allgemeinen durchgedrungen.

In schroffem Gegensatze zu Girard behauptet denn auch Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 738: 'Dieser Fall hatte das Eigentümliche, daß die Hauptstipulation inutilis war, keine Obligation hervorbringen konnte; aber sie war doch nicht nulla und konnte daher immerhin als genügende Grundlage für das akzessorische Verhältnis angesehen werden'.

Ich möchte mich unbedingt weder für die eine noch die andere Ansicht aussprechen. Logisch notwendig ist keine von beiden. Vielleicht war die Auffassung zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene. Vielleicht machte sich dabei der Satz geltend Expressa nocent, non expressa non nocent: vgl. Mod. fr. 52 de cond. 35, 1 = fr. 195 de diu. reg. iur. 50. 17. Jedenfalls ist es nicht nötig, gleich von einem scharf pointierten Falle der späteren Zeit auszugehen.

Zu einer Zeit, als die Forderungen noch nicht aktiv vererblich waren, hatte Menius dem Titius 100 geborgt. Er glaubt nicht mehr lange zu leben und bittet seinen Freund Sempronius, sich diese 100 von dem Titius nach seinem, des Menius, Tode versprechen zu lassen. Eine solche Stipulation wird im Laufe der Zeit klagbar geworden sein; man faßte sie nicht auf als Umgehung eines Rechtssatzes, sondern als löbliche Vorsicht eines sorgsamen Hausvaters. Mit dem Tode des Hauptgläubigers fiel ursprünglich dessen Klagebefugnis fort, dafür trat aber die Klagebefugnis des adstipulator an die Stelle.

Solche Stipulationen waren später nicht mehr nötig, als sich die aktive Vererblichkeit der Forderungen fortgesetzt hatte. Aber ein Rest der alten Anschauung erhielt sich. Wie Gajus III, 100 sich ausdrückt: inelegans esse uisum est ab heredis persona incipere obligationem. Insonderheit war ungültig eine Stipulation mit der Frage pos mortem meam dari spondes?

Bei solchen Stipulationen muß der Erblasser seine besondern Gründe gehabt haben, weshalb er gerade in dieser Form seinen Erben eine Forderung zuwenden wollte; und die Mittel, diese Forderung zu erfüllen, werden dem Versprechenden jedenfalls zur Verfügung gestellt sein.

An sich war freilich die Stipulation ungültig, die post mortem meam gefaßt war. Aber Sempronius konnte sich post mortem Meuii versprechen lassen. Später ließ man auch zu ein Versprechen cum moriar. So konnte denn der adstipulator entbehrt werden.

Die Hauptstelle ist III, 117 a: Stipulando nihil agimus. Adhibetur autem stipulator, ut is pos mortem nostram agat. Der erste Satz bezieht sich auf den Hauptgläubiger. Der andere stipulator ist der adstipulator. Vielleicht ist vor stipulator ein at ausgefallen.

5. Den Adstipulator haben wir uns zunächst als eine Vertrauensperson vorzustellen: vgl. Pernice Z. R.G. Bd. 32 S. 178. Wenn sich aber der Hauptgläubiger getäuscht hatte?

Hier kommt ihm zur Hülfe die lex Aquilia. Sie gewährt eine Klage auf quanti ea res gegen den Adstipulator, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit: III, 215.

Dabei haben wir nicht etwa bloß an den Adstipulator zu denken, welcher die Schuld einfach erläßt; sondern vor allem an den, der den geschuldeten Betrag erhalten hatte und darüber quittierte. Vgl. unten Erkl. 55 unter I, 3.

In späterer Zeit hat sich hier die actio mandati eingestellt, und die Aufhebung der Forderung erfolgte durch einfache Zahlung: III, 111.

Daran darf man keinen Anstoß nehmen, daß ein Mandat vorliegt, welches nach dem Tode des Auftraggebers Wirkungen äußert. Das kommt auch sonst vor bei Aufträgen, die erst nach dem Tode vollzogen werden sollen: Ulp. Marcellus fr. 12 § 17, Gai. fr. 13 mand. 17, 1. Vgl. schon Zimmern, Arch. für civ. Pr. Bd. 4 S. 238 flg.

6. Besondere Berücksichtigung hat der Fall gefunden, wenn der Vater den eigenen Haussohn zum Adstipulator annahm. Dies mochte als zweckmäßig erscheinen in Bezug auf die Gelder, welche der Vater bei seinem Bankier stehen hatte. Um solchen Sohn zum Adstipulator tauglich zu machen, stellte man den Satz auf: daß hier ausnahmsweise nicht der Sohn für den Vater, sondern der Sohn für sich erwerbe. Mit dem Tode des Sohnes fiel freilich auch die Adstipulation zusammen. Ebenso wurde behandelt die Capitis Deminutio. Mithin mußte der Sohn ohne Capitis Deminutio der väterlichen Gewalt entkommen sein: z. B. durch den Tod des Vaters oder als flamen Dialis. Und ein solcher Haussohn kam auch wohl schon bei Lebzeiten seines Vaters als Forderungsberechtigter in Betracht, worauf uns hinweist der flamen Dialis.

7. An Formen, deren man sich bei Eingehung einer Adstipulatio bediente, werden bezeugt: 'idem dari spondes?' idem fide tuca promittis?' 'idem fide iubes?' Und an diesen drei Wortformen mag man hier genug gehabt haben.

Aus diesen zugelassenen Formen sehen wir jedenfalls: daß

neben einem römischen Gläubiger ein fremder Adstipulator und neben einem fremden Gläubiger ein römischer Adstipulator angenommen werden konnte.

Die Adstipulation schafft eine Nebenberechtigung, deren Gegenstand zwar kleiner, nicht aber größer sein kann als der der Hauptberechtigung.

8. Fraglich bleibt, wie wir den adstipulator bei Cic. pro Quinct. 18 § 58 aufzufassen haben. Er tritt hinzu einem uadimonium. Dasselbe enthielt ein Versprechen des Gegners, se certo die sisti: Gai. IV, 184. Als Gegenstand einer adstipulatio kommt ein solches Versprechen bei Gajus nicht vor. Ob es beim adstipulator auch post mortem stipulatoris gelautet haben mag? Immerhin vertrat ein solcher adstipulator zugleich die Stelle eines Zeugen; und Cicero ist jedenfalls bemüht, ihn durch Gegenbeweis als solchen unschädlich zu machen.

Auch mag sich ein solcher adstipulator, wie Cic. in Pis. 9 § 18 nahe zu legen scheint, in Prozessen als Beistand nützlich gemacht haben.

26. Die naturalis obligatio des Sklaven. III, 119. 119a. b.

Die Verpflichtung, die ein Sklave auf sich nahm, sei es nun seinem eigenen Herrn oder einem Dritten gegenüber, wurde in späterer Zeit von der römischen Wissenschaft der naturalis obligatio unterstellt. In dieser Beziehung sind bereits oben, Erkl. 24, Stellen von Papinian, Paulus und Ulpian beigebracht worden. Es wird aber weiter hierher gehören, wie neuerdings Gradenwitz Festgabe für Schirmer S. 139 flg. sehr wahrscheinlich gemacht, eine Stelle von Julian.

Iulianus fr. 16, § 4 de fidei. 46, 1. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, uerum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur [naturales debitores], per abusionem intellegi possunt

debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.

Das eorum wird in Beziehung zu setzen sein mit vorher gestrichenen serui, und hiermit ist auch dicantur zu verbinden. Die naturales debitores sind später eingeschoben.

Es ist bekannt, daß Julian für die Entwicklung der Naturalobligationen von hervorragender Bedeutung war: siehe Pernice Labeo Bd. 3 S. 253. Auf Julian wird nun auch zurückzuführen sein die Einreihung der Sklavenverpflichtung unter diese Obligationengattung.

Welches Verhältnis besteht zwischen der Julianstelle und unserer Gajusstelle?

Gradenwitz nimmt an, daß der Gedankengang des Julian von Gajus übernommen sei. Ihm pflichtet bei Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten S. 18. Ich habe meine Bedenken.

Nach Gajus kann ein Fidejussor sowohl einer ciuiles als einer naturalis obligatio beigegeben werden. Dies geht soweit, daß er sich sogar für einen Sklaven verpflichten kann. Hier sind demnach die Verpflichtungen, welche ein Sklave auf sich nimmt, noch nicht von der naturalis obligatio umfaßt. Wir sind erst auf dem Wege dazu, indem sie sachlich ihnen gleichgestellt werden.

In Bezug auf sponsor und fidepromissor ist Gajus noch zweifelhaft, ob sie sich neben einem Sklaven verpflichten könnten.

27. Die Stipulationsbürgen. III, 115—127.

Der Bürgschaftsbegriff ist nicht erst entstanden mit der Stipulation. Aeltere Bürgen sind schon die uades und praedes.

1. Auf dem Gebiete der Stipulation haben wir einzusetzen mit dem sponsor. Eine einfache sponsio, nicht vor dem Magistrate abgeschlossen, erzeugte zunächst keine Klage. Aber eine lex Publilia gewährte demjenigen, der in dieser Weise für einen andern Zahlung versprochen hatte, wenn er die Zahlung wirklich leistete, eine actio depensi gegen den Hauptschuldner.

Unter mehreren sponsores und fidepromissores für einen Schuldner begründet die lex Apuleia eine Gemeinschaft, die aber erst dann eintritt, wenn einer mehr als auf seinen Anteil fällt gezahlt hat. Wir befinden uns also insofern noch vollständig auf dem Standpunkte der lex Publilia. Vgl. die Ausführungen über den sponsor-Bürgen, Erkl. 13 unter II, 2. In der zwischen der lex Apuleia und lex Furia liegenden Zeit wird sich dann der Satz entwickelt haben, daß mehrere sponsores und fidepromissores dem Gläubiger solidarisch hafteten.

Jedenfalls kennt diesen Satz die lex Furia, die eine Teilung zwischen den mehreren sponsores und fidepromissores eintreten läßt, ohne daß von einem derselben Zahlung für andere geleistet zu sein brauchte.

Der Gegensatz zwischen sponsor und fidepromissor besteht von vorne herein darin: daß es sich bei der fidepromissio um ein Gebilde des ius gentium handelt, während die sponsio beschränkt blieb auf den Verkehr der Römer unter einander.

Wesentlich jünger als sponsio und fidepromissio ist die fideiussio, der wir bei Cicero noch nicht begegnen. Sie war von Anfang an auf die Bürgschaft zugeschnitten. Wir haben hier eine Nebenverpflichtung vor uns, die sich an eine Hauptverpflichtung anlehnt, was bei der fidepromissio von Haus aus so wenig der Fall wie bei der sponsio.

Nach Levy S. 123 hat Labeo die fideiussio bereits gekannt. Er stützt diese Ansicht namentlich auf Ulp. fr. 1 § 14 dep. 16, 3; Labeo fr. 14 quib. mod. pign. 20, 6; Iauolen. fr. 46 de fidei. 46, 1.

Andererseits folgt aus III, 124 keineswegs, daß zu Sulla's Zeiten die fideiussio bereits klagbar gewesen. Denn Sulla wird sich des allgemeinen Ausdruckes summam obligari creditae pecuniae bedient haben, den man später auf die fideiussores mitbeziehen konnte: zunächst kamen nur die ausdrücklich genannten sponsores uel fideipromissores in Betracht. Weniger bestimmt Levy S. 16. 118.

2. Die sponsio war zur Zeit der lex Publilia noch gar nicht klagbar. Die actio depensi setzte allerdings voraus, daß der sponsor für einen andern gezahlt hatte. Insofern haben wir sachlich die Bürgschaftsvorstellung. Aber eine sponsio, die selber keine Klage erzeugte, wird keiner andern sponsio bedurft haben, an die sie sich anlehnen mußte.

Ebenso wird nach der lex Apuleia eine Klage gegen den Mitsponsor erst dann zugestanden, wenn der Sponsor für ihn gezahlt hat. Eine Klage des Gläubigers gegen die mehreren sponsores ist damit noch nicht notwendig gegeben.

Aber ante legem Furiam könnte dann der Satz entstanden sein: daß mehrere sponsores und fidepromissores dem Gläubiger solidarisch hafteten.

Damit haben wir aber noch immer nicht den Satz, daß die sponsio und fideprommissio zu ihrer Anlehnung eine Verbalobligation nötig haben. Diese Neuerung könnte sehr wohl erst unter Einwirkung der fideiussio entstanden sein. Und der alte Rechtszustand blickt noch insofern durch, als diese Obligation, an die sich die andere anlehnen soll, gar nicht einmal eine Verpflichtung zu erzeugen brauchte. Es heißt III, 119: quamuis interdum is ipse, qui id promiserit, non fuerit obligatus.

3. Im § 118 wird mit dem Satze eingesetzt: sponsoris uero et fidepromissoris similis condicio, fideiussoris ualde est dissimiles.

Als erste Verschiedenheit wird angegeben, daß die fideiussio sich nicht auf die Verbalobligationen beschränke, sondern allen Obligationen hinzutreten könne: III, 119. 119a.

Damit ist aber der Gegensatz noch nicht erschöpft. Von der Verbalobligation heißt es, sie braucht keine Verpflichtung zu erzeugen. Dagegen bei der fideiussio verlangt man eine Verpflichtung, wenn man sich auch mit einer naturalen begnügt: III, 119b. So wird denn die Frage wichtig: was haben wir unter einer naturalen Obligation zu verstehen? Vgl. Erkl. 26.

Während nun aus diesem Grunde nach § 119b die Obligation eines Sklaven für ausreichend befunden wird, um einen

fideiussor zuzulassen, ist man nach § 119 andererseits zweifelhaft geworden: ob man beim sponsor oder fidepromissor sich zufrieden geben kann mit der Sponsion eines Sklaven oder Peregrinen. Hier wird die Sache offenbar von einem ganz andern Gesichtspunkte aus betrachtet. Die sponsio war römisches Sonderrecht. Und wenn auch eine nichtige Sponsion für das Hinzutreten einer weiteren Sponsion bzw. Fidepromissio als genügend erachtet wurde, so fand doch auch die Meinung ihre Vertreter: daß die Grenzlinie des römischen Bürgerrechtes nicht überschritten werden dürfe. Bezeichnenderweise ist hierbei nur die Sponsio, nicht die Fidepromissio eines Sklaven oder Peregrinen mit ins Auge gefaßt, hinsichtlich welcher man zweifelhaft sein könne: ob sie die Anlehnung eines Bürgen zulasse.

4. Wenn ich die Entwicklung, welche die sponsio, und in ähnlicher Weise zum Teil auch die fidepromissio, durchmachten, richtig aufgefaßt habe, so passen die Begriffe Haupt- und Nebenverpflichtung zunächst garnicht. Der sponsor ist ein klageberechtigter Mann, welcher für einen andern eine Schuld bezahlte, zu der er von Rechtswegen nicht verpflichtet war. Ferner sind Sponsor und Fidepromissor beide klageberechtigt, sofern sie für Mitsponsoren und Mitfidepromissoren in Vorschuß gegangen sind. Allerdings haben wir hier schon ein Zahlen für einen andern, das ist aber noch ein rein inneres Verhältnis: eine klagbare Hauptobligation für den Gläubiger braucht garnicht vorhanden zu sein. Und was das Verhältnis der mehreren Sponsoren und Fidepromissoren anbetrifft, so haften sie alle dem Gläubiger aufs Ganze. Eine Teilung zwischen den mehreren Sponsoren und Fidepromissoren, ohne daß von einem derselben für andere Zahlung geleistet zu sein brauchte, ließ erst die lex Furia eintreten.

Bei dieser Sachlage ist kaum anzunehmen, daß schon in alter Zeit sich bestimmte Formen für ein Bürgschaftsverhältnis gebildet hätten, das neben einer Hauptverpflichtung einherging. Dies beweist auch die lex Cicereia. Diese macht dem Gläubiger nach III, 123 zur Pflicht, daß er öffentlich erkläre: de qua

re satis accipiat et quot sponsores aut fideipromissores in eam obligationem accepturus sit. Vor der lex Cicereia konnte sich also jemand wirksam als sponsor und fideipromissor verpflichten, ohne daß er zu wissen brauchte, für wie viel er sich verbürge.

Durch das neue Gesetz wird die Bürgschaftsverpflichtung deutlich abgesondert von der Hauptverpflichtung, und die mehreren Bürgen erfahren, für welchen Teil sie in Anspruch genommen werden können.

Dem werden sich später, und wohl erst nach dem Vorbilde der fideiussio, angelehnt haben die Formen idem dari spondes? bzw. idem fidepromittis?, denen wir begegnen III, 116.

Der Ausgangspunkt für diese Bürgschaft ist demnach ein wesentlich anderer wie bei der griechischen ἐγγύη. Der ἔγγυος verspricht, daß ein anderer zahle; erfolgt diese Zahlung nicht, so ist der ἔγγυος mit seiner Person dem Gläubiger verfallen. Aus der ἐγγύη kann der Gläubiger vom Bürgen nicht unmittelbar Zahlung verlangen; dies müßte besonders versprochen sein. Vgl. Hom. Od. 8 u. 347. 348. 352. 356 und dazu Partsch, Griech. Bürgschaftsrt. Bd. 1 S. 10 flg.

Andererseits sind diese jüngeren Formen nicht so zu verstehen, als ob sie ausschließlich der Bürgschaft angehörten. Insonderheit spielt das idem auch bei duo pluresue rei promittendi eine Rolle: I. I. III, 16 pr. Es kommt also für den Bürgschaftsbegriff nicht bloß auf die Form, sondern auch auf den Inhalt an. In dieser Beziehung wird III, 126 für alle drei Formen, sponsio, fidepromissio, fideiussio, als Merkmal der Nebenverpflichtung hervorgehoben: daß sie nicht auf mehr gerichtet sein kann, als die Hauptverpflichtung. Und Ulp. fr. 6 § 2 de fidei. 46, 1 hebt hervor: Adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest.

5. Ein weiterer Unterschied war nach III, 120 der: daß der Erbe des fideiussor haftete, während der Erbe des sponsor und fidepromissor frei wurden.

Diese Unvererblichkeit legt den Gedanken nahe, daß die letzteren beiden Bürgschaftsformen schon einer Zeit angehören, wo der Erbe überhaupt noch nicht für die Schulden des Erblassers haftete. Darum braucht aber diese Unvererblichkeit nicht gerade, wie Schulin sich ausdrückt, zu sein 'ein Ueberbleibsel aus uralten Zeiten'. Vgl. über das ursprüngliche Wesen einer Universalsukzession Bd. 2 Abt. 1 S. 166 flg.

Eine Reihe sonstiger Erklärungsversuche siehe bei Levy S. 45 flg.

6. Nach III, 121 beschränkte die lex Furia die Haftung des sponsor und fidepromissor auf zwei Jahre, während diese zeitliche Schranke für den fideiussor nicht in Betracht kam.

Die Klage des Gläubigers aus der sponsio kann zur Zeit der lex Furia noch gar nicht alt gewesen sein. Wir brauchen uns die Sache auch keineswegs so vorzustellen, als ob die lex Furia eine dauernde Klage in eine zeitlich beschränkte verwandelt hätte. Die lex Furia könnte sich vielmehr darauf beschränkt haben, Anschauungen festzustellen, denen schon die Praxis von Haus aus zuneigte.

Mitteis, Festgabe für Bekker S. 116 Anm. 2 hat erinnert an die actio auctoritatis. Wer sein Eigentum bekräftigt, braucht hierfür nur ein bis zwei Jahre einzustehen. Der Bürge bekräftigt die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners: warum soll dessen Bekräftigung immer dauern?

Näher liegt vielleicht noch die usureceptio ex praediatura. Der Staat verkauft eine Forderung, für welche Grundstücke verpfändet waren. Dem praediator steht es frei, sich aus diesen Grundstücken wegen der Forderung zu befriedigen. Die Eigentümer, welche innerhalb zweier Jahre nicht angegangen waren, erlangten wieder pfandfreies Eigentum. Vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 203. 204. Der sponsor ist an die Stelle des praes getreten: so könnte sich auch die Vorstellung vom praes auf den sponsor übertragen haben.

Die Frist behauptete sich die ganze klassische Zeit über. Sie ist noch erkennbar in verschiedenen Pandektenstellen. Vom

Sponsor handelten einmal Celsus fr. 71 § 1 de sol. 46, 3 (Lenel 229); Venuleius fr. 25 de stip. seru. 45, 3 (L. 69); Pap. fr. 59 de cond. ind. 12, 6 (L. 48); Tryph. fr. 69 de fidei. 46, 1 (L. 32); Ulp. fr. 29 § 6 mand. 17, 1 (L. 130). Wegen Iauolen. fr. 4 de diu. temp. praescr. 44, 3 (L. 107) vgl. Ubbelohde, Berechnung S. 4 flg. Nach c. 29 de fidei. 8, 40 = Bas. 26, 1 c. 93 wird bei Bürgschaften für Zinsverbindlichkeiten eine Frist von zwei Jahren angenommen, falls keine längere Zeit vereinbart worden. Diese Bestimmung steht mit dem bieunium der lex Furia wohl in keinem Zusammenhang. Vgl. Levy S. 115 Anm. 2.

Ueber die Zeit, in welche diese lex Furia fällt, sind wir nicht näher unterrichtet. Jedenfalls ist sie älter als die lex Vallia: Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 735; Levy S. 61.

Aus Cic. ad Att. 12, 17 § 2, geschrieben im März 709/45, haben manche herleiten wollen, daß die fragliche Frist damals noch nicht bestanden haben könne. So Liebe, Stipulation S. 225 Anm. 1; Girtanner, Bürgsch. S. 91; Hasenbalg, Bürgsch. S. 17 Anm. 19. Aber der hier berührte Rechtsfall liegt doch recht im Dunkeln.

Nach seinem Briefe ad Att. 12, 14 § 2 vermag Cicero selber nicht anzugeben: wann er sich verbürgt habe, und ob für den Vater oder Sohn Cornificius. Man sieht auch nicht deutlich, wer eigentlich der Gläubiger. Nach seinem Briefe ad Att. 12, 17 § 2 liegt die Bürgschaft mehr als 25 Jahre zurück. Man erfährt gar nicht, wo die Bürgschaft abgeschlossen wurde. Dies hätte außerhalb Italiens sein können. Endlich ist es gar nicht jedermanns Sache, sich auf Verjährung bzw. Zeitablauf zu berufen. Diesen Ehrenpunkt hat bereits Huschke, Gajus S. 86 flg. in den Vordergrund gestellt. Vgl. im übrigen Levy S. 62 flg.

7. Eine andere Bestimmung der lex Furia, von der schon die Rede war, ging dahin, die Bürgschaft sollte geteilt sein unter den mehreren sponsores und fidepromissores, ohne daß von einem derselben Zahlung für andere geleistet zu sein brauchte.

Zu diesem Rechtssatze steht in Beziehung die lex Cicereia, mit der sich III, 123 beschäftigt. Jedem Gläubiger, der sponsores oder fidepromissores annahm, wurde zur Pflicht gemacht, öffentlich zu erklären: für welche Schuld der Betreffende sich verbürge, und wie viele Sponsoren oder Fidepromissoren der Gläubiger annehmen werde.

Die Teilung der Bürgschaft, welche die lex Furia anordnete, hätte bloß eine vorgespiegelte sein können. Der Hauptschuldner versicherte dem sponsor, daß drei andere ebenfalls sponsores seien, ohne daß dies der Fall war. Deshalb wurde eine öffentliche Erklärung vorgeschrieben, auf die sich jeder sponsor und fidepromissor berufen konnte; und wenn eine solche Erklärung unterlassen war, so konnte Befreiung von der Bürgschaft erlangt werden.

Mit der unterlassenen Erklärung stand auf gleicher Stufe eine unbewiesene Erklärung. Deshalb war dem Gläubiger zur Pflicht gemacht: praedicat palam. Zum palam steht in Beziehung Ulp. lib. 21 ad ed. fr. 33 de uerb. sign. 50, 16 (Len. 647): 'Palam' est coram pluribus. Levy S. 78 versteht darunter eine Erklärung vor Zeugen. Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 152 Anm. 61 hält Zeugen nicht unbedingt für nötig. Das kann sich doch wohl nur beziehen auf den Ausschluß von testes rogati. Der Gläubiger hatte den erforderlichen Beweis zu erbringen durch Mitmenschen, welche die Erklärung mit angehört hatten.

Dieses Freiwerden von der Bürgschaft hatte somit eine unterlassene bzw. mißlungene Beweisführung zur Voraussetzung; und diese Beweisführung weist uns andererseits hin auf ein Verfahren.

Jeder sponsor bzw. fidepromissor war berechtigt, binnen 30 Tagen mittels Vorklage feststellen zu lassen: ob der in der lex Cicereia enthaltenen Vorschrift genügt worden. Diese 30 Tage liefen wohl von dem Zeitpunkte an, wo der Gläubiger seine Klage beim Prätor angebracht hatte, und werden mit der lex Pinaria in Zusammenhang stehen. Dieses Gesetz verlangte

von den Parteien, zum Zwecke der Richterbestellung am 30. Tage wieder vor dem Prätor zu erscheinen: IV, 15. War nun inzwischen eine Vorklage erhoben, so mußte dies Ergebnis erst abgewartet werden. Demnach würde die lex Cicereia jünger sein als die lex Pinaria.

Andererseits vertrat die Vorklage die Stelle einer Einrede. Mithin wird die lex Cicereia einer Zeit angehören, wo die Einrede noch gar nicht vorhanden oder wenig gebraucht war. Mithin könnten wir sie der Zeit überweisen, von der es IV, 108 heißt: nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Andere Gesichtspunkte haben schon Bekker, Akt. Bd. 1 S. 294 zu derselben Zeitbestimmung geführt.

Dazu kommt nun, daß uns unterm Jahre 581/173 bei Liu. 42, 1 § 5; 7 § 1; 21 § 6 ein C. Cicereius als Prätor für Sardinien und Korsika begegnet. Diesen haben schon Schulin, Gesch. des R. R. S. 351; Levy S. 65 u. a. mit unserer lex Cicereia in Verbindung gebracht. Damit scheint eine Zeitbestimmung von ziemlicher Sicherheit gewonnen zu sein.

Die fideiussio wurde von dieser lex Cicereia nicht berührt; man pflegte aber auch hier solche öffentliche Erklärungen vorzunehmen. Und derartige Erklärungen konnten sich noch in anderer Beziehung als zweckmäßig erweisen: vgl. z. B. Ulp. fr. 7 pr. qui satisdare 2, 8 (L. 476).

8. Die für die lex Cicereia gewonnene Zeitbestimmung nützt uns zugleich mittelbar für die drei ältern Gesetze, indem diese damit ebenfalls der Legisaktionenzeit überwiesen werden.

Dazu stimmt, daß das jüngste dieser Gesetze, die lex Furia, unter 6 höher hinauf anzusetzen war als die lex Vallia.

Näher zu betrachten bleibt in dieser Beziehung noch die Unvererblichkeit, welche die lex Furia mit der Verpflichtung des sponsor und fidepromissor verknüpfte. So lange es noch keinen Nachlaßkonkurs gab, werden sich auch die Verbindlichkeiten des Erblassers nicht vererbt haben. Nun tritt uns ein Nachlaßkonkurs zum ersten Male entgegen beim priesterlichen Gewohnheitsrecht betreffend die sacra, und zwar in der

jüngern Ordnung an vierter Stelle: Cic. de leg. 2, 19 § 48. Das wäre zwischen den Jahren 500/254 und 631/123: vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 191. Damit vertrüge sich sehr wohl, daß es z. B. etwa 10 Jahre vor der lex Cicereia, also um 571/183, zu einer Zeit, wo schon die lex Furia hätte erlassen sein können, einen Nachlaßkonkurs und somit eine Vererblichkeit der Schulden noch gar nicht gegeben hätte.

Diese Zeitbestimmung der lex Furia entspräche der Annahme von Levy S. 66: sie soll dem Hannibalischen Kriege etwa um 20 Jahre und ihr die lex Cicereia um weitere 10 Jahre nachgefolgt sein.

Mommsen, R. Staatsrt. Bd. 3 S. 696 Anm. 1 stellt mit dieser lex Furia zusammen das Sempronische Gesetz bei Liv. 35, 7 § 5 vom Jahre 561/193.

9. Ein älteres Gesetz als die lex Furia war die lex Apuleia. Dieses teilte auch schon unter den mehreren sponsores und fidepromissores. Aber diese Teilung sollte erst eintreten, wenn einer von ihnen mehr als auf seinen Anteil kam bezahlt hatte: indem er sich, was seinen Anteil überstieg, von den andern wieder verschaffen konnte.

Dabei haben wir zunächst zu denken an freiwillige Zahlungen, weil eine Klage aus der Sponsio bzw. Fidepromissio dem Gläubiger von Haus aus wohl fehlte. Aber weil jedem einzelnen sponsor bzw. fidepromissor die Machtbefugnis eingeräumt war, sich seine Auslagen für die andern von diesen wieder zu verschaffen, läßt sich begreifen: daß sich auch in der Person des Gläubigers ein Klagerecht entwickelte, welches gegen jeden einzelnen sponsor bzw. fidepromissor aufs Ganze ging.

Die lex Furia schränkte dieses Recht des Gläubigers wieder ein: so viele sponsores bzw. fidepromissores es zu der Zeit waren, quo pecunia peti potest, in so viele Teile sollte sich die Verpflichtung spalten.

Waren demnach von den ursprünglichen zehn sponsores bzw. fidepromissores zu dieser Zeit noch acht vorhanden, so spaltete sich die Schuld in acht Teile. Wie nun, wenn vor der

Zahlung noch zwei sponsores bzw. fidepromissores starben? Die übrigen sechs hatten nur sechs Achtel zu zahlen.

Gajus wirft die Frage auf: ob neben der lex Furia noch die Wohltat der lex Apuleia bei Bestand geblieben sei? Er hält dies für sehr zweifelhaft.

Tatsächlich wird jedenfalls die lex Furia das Anwendungsgebiet der lex Apuleia verkleinert haben, indem ein sponsor bzw. fidepromissor, welcher damit frei kam, der Teilzahlung den Vorzug gab. Andererseits stehen sich aber beide Gesetze doch nicht in der Schroffheit gegenüber, daß der Inhalt des neuen notwendig den Inhalt des alten ausschließt. Warum sollte, wer freiwillig das Ganze zahlte, nicht noch seinen Rückgriff haben nehmen dürfen auf die andern! Nach Levy S. 168 wäre 'die eine lex mit der andern geradezu unvereinbar'; dagegen heißt es S. 169 Anm. 4: 'nach strenger Auslegung mußte daher die Frage nach dem superesse des beneficium legis Apuleiae bejaht werden'. Vom Standpunkte des späteren Rechtes aus handelt es sich hier um die Frage: kann, wer für einen andern zahlt, von diesem sein Geld wieder verlangen? Vgl. darüber z. B. Labeo fr. 42 de neg. gest. 3, 5.

Jedenfalls beschränkte sich die lex Furia auf Italien. Dies wird bestätigt durch ein von Lenel neu entdecktes Bruchstück aus Ulpians Disputationen, mitgeteilt in der Z. R. G. Bd. 38 S. 370, abgedruckt bei Huschke, S. K. I. S. 497; Girard, Textes[4] S. 471. Hier heißt es II a Zle 6 flg.: ut in Furia lege spectamus, ubi sponsor acceptus est, non ubi obligatio contracta, cui sponsus accedit; denique ex duobus sponsoribus, quorum alter in Italia alter in prouincia acceptus est, eum demum releuat qui Italicus est.

Aus diesem Bruchstück ersehen wir zugleich: daß nicht der Ort, wo die Hauptverpflichtung eingegangen, sondern der Ort, wo der sponsor angenommen wurde, dabei in Betracht kam. Das paßt wieder vortrefflich zu der Auffassung, wonach sich die Klage aus der sponsio früher entwickelt hätte, als die Klage aus der Hauptverpflichtung.

Und weil die lex Furia sich auf Italien beschränkte, blieb die lex Apuleia für die Provinzen bei Bestand.

Man möchte freilich fragen, ob es sich nicht hier ebenso verhalten hätte, wie nach III, 120 mit der Unvererblichkeit: nisi si de peregrino fideipromissore quaeramus et alio iure ciuitas eius utatur. Vgl. Baron, Festschrift für Ihering S. 7.

Ueber das Alter der lex Apuleia sind wir nicht näher unterrichtet. Huschke, Gajus S. 83 bringt sie in Verbindung mit dem Volkstribunen L. Apuleius, den Liu. 5. 32 § 8 unterm Jahre 363/391 vorführt; und für dieses Jahr entscheidet sich Schulin S. 351. Derartigen Datierungen gegenüber bemerken aber Girard-von Mayr S. 825 Anm. 2 und Appleton, Z. R. G. Bd. 39 S. 3 Anm. 2 mit Recht: da die lex Apuleia schon Provinzen voraussetze, müsse sie notwendig jünger sein als die älteste Provinz Sizilien vom Jahre 513/241. Appleton S. 38 geht dann bei der lex Apuleia zurück auf den Tribunat des Apulejus vom Jahre 651/103 und setzt die lex Furia ins Jahr 654/100. Ihm folgt Girard-von Mayr. Demgegenüber verweise ich auf die Ausführungen von Levy S. 60 flg. Dieser möchte bei der lex Apuleia eintreten für die Zeit zwischen den beiden ersten punischen Kriegen, das wäre zwischen den Jahren 513/241 und 536/218.

An einem so frühen Eingreifen der römischen Gesetzgebung gerade in Bezug auf provinziale Verhältnisse dürfen wir kaum Anstoß nehmen, da doch die ganze Einrichtung einer Provinz sich uns darstellt als ein Ausfluß derselben.

10. Durch die in der lex Furia vorgenommene Teilung wurden die fideiussores nicht berührt. Hadrian erließ aber III, 121 für diese mittelst einer epistula eine ähnliche Bestimmung: die Bürgschaft sollte geteilt sein unter den zahlungsfähigen fideiussores.

Durch diese Teilung wurde zwar für den Gläubiger besser gesorgt; andererseits leuchtet ein, daß die Durchführung dieses neuen Rechtssatzes prozessualisch mehr Schwierigkeiten bereiten

mußte, als die Bestimmung der lex Furia. Wenn sich für einen Betrag von 3000 drei sponsores verbürgt hatten, so kamen auf jeden einzelnen 1000; dagegen nach dem neuen Rechtssatze Hadrians mußte außerdem die Zahlungsfähigkeit der Mitfidejussoren festgestellt werden.

Mit der schwierigen Frage, wie man hier zu Werke gegangen sein mag, beschäftigt sich Lenel Ed.² S. 211.

Nach Gai. fr. 26 de fidei. 46, 1 trat die Teilung nicht ipso iure ein. Das prätorische Edikt enthielt darüber Bestimmungen. Paul. sent. 1, 20: Inter fideiussores ex edicto praetoris, si soluendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio diuidetur.

Lenel behauptet auf Grund von Paul. fr. 28 de fidei: daß Verweisung der Vorfrage ins iudicium möglich war. Die Stelle lautet: Si contendat fideiussor ceteros soluendo esse, etiam exceptionem ei dandam 'si non et illi soluendo sint'.

Indessen wenn es auf Grund einer Formel mit solcher exceptio wirklich zur Anordnung eines iudicium gekommen wäre, so hätte das für den Kläger sehr gefährlich werden können. Bei bestimmten Forderungen verlor er wegen plus petitio seinen ganzen Anspruch, wenn die Voraussetzungen für eine Teilung gegeben waren. Vgl. schon Keller, Litis Contestation S. 569 Anm. 15. Die fragliche exceptio ist mehr als ein Drohmittel zu betrachten. Sie sollten den Kläger veranlassen, bei der Klaganstellung die Teilung gleich vorzunehmen.

Als das regelmäßige Verfahren stellt sich Lenel vor: 'daß dem Gläubiger, wenn der belangte Bürge die Existenz und Solvenz von Mitbürgen in iure nachwies, die actio in solidum denegiert und nur actio diuisa erteilt wurde.

Andererseits macht Lenel hinsichtlich der intentio einen Unterschied zwischen condictio certi und actiones incerti. Dort werde der Gläubiger nur auf den Teil intendiert haben, hier war die intentio die gewöhnliche.

Dann wird Lenel aber doch wieder zweifelhaft und fragt:

'sollte aber nicht auch im ersten Fall die ursprüngliche Richtung der Obligation auf das Ganze in der Formel irgendwie hervorgetreten sein?'

Ich vermag in der Tat nicht einzusehen, warum nicht auch bei der condictio certi die Intention aufs Ganze beibehalten wäre: zunächst lag ja eine Teilung gar nicht vor und jeder fideiussor haftete aufs Ganze. Mit der Teilung hatte es Zeit bis zur Verurteilung, deshalb sollte es nach einer Konstitution von Kaiser Alexander, c. 10 § 1 de fidei. 8, 40 genügen, wenn die Teilung nur noch vor der Verurteilung begehrt wurde: ut . . diuidatur actio inter eos qui soluendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.

Dabei werden wir vorauszusetzen haben, daß auf diese Teilung in der condemnatio Rücksicht genommen war. Wie dies geschah, ersehen wir aus Ulpian fr. 27 pr. de fidei. 46, 1: die condemnatio erhielt den Zusatz in uirilem partem.

Die Formel für eine actio diuisa hätten wir uns demnach in folgender Fassung vorzustellen: Si paret L. Titium fideiussorem N^{i} N^{i} A^{o} A^{o} centum dare oportere, iudex L. Titium A^{o} A^{o} in uirilem partem condemnato s. n. p. a.

11. Die Darstellung, welche Gajus hier dem Bürgschaftsrecht zu Grunde legte, geht zurück auf eine Dreigliederung sponsio, fidepromissio, fideiussio, und bildet insofern ein Seitenstück zur adstipulatio. Das letzte Glied in der Reihe ist wesentlich jünger und unterscheidet sich in Hauptpunkten von den beiden andern. Dem Grundstocke werden wir die fideiussio noch fernzuhalten haben.

Bemerkt wurde schon Erkl. 15, daß die fideiussio von Haus aus auf die Bürgschaft zugeschnitten gewesen und ihr Ursprung vielleicht im Bankiergewerbe zu suchen ist.

Mit der fidepromissio hat sie gemein, daß sie auch den Peregrinen zugänglich war: III, 93. Sie beschränkte sich nicht auf die Verbalobligationen, sondern war bei allen Verbindlichkeiten zulässig: III, 119. Sie ging auf die Erben über, die Beschränkung der Haftung auf zwei Jahre ist hier nicht zur

Anwendung gekommen: III, 120. 121. So eignete sich diese Form der Verbürgung gut für Kunden eines Bankiers, die langen Kredit gebrauchten. Die vorgängige Erklärung, welche die lex Cicereia vorschrieb, pflegte man auch bei Annahme von fideiussores nicht zu unterlassen; die Feststellungsklage scheint hier aber nicht Platz gegriffen zu haben. Dagegen ist die Wohltat des Cornelischen Gesetzes auch auf die fideiussio übertragen worden. Ebenso wurde allen drei Arten von Bürgen nach III, 127 die mandati actio gewährt.

12. Im Justinianischen Recht hat die Bürgschaft ein wesentlich anderes Aussehen bekommen, das hauptsächlich auf Interpolation beruht. Von den drei Gestalten der Gajanischen Vorlage ist lediglich der fideiussor übriggeblieben. Der fidepromissor scheint zuerst verschwunden zu sein. Sponsores neben fideiussores werden aber noch erwähnt c. 1 de fidei. dotium C. Th. 3, 15 vom Jahre 392. Vgl. dazu Levy S. 114. In den Pandekten ist der sponsor öfter durch den fideiussor ersetzt worden. Einige Stellen sind bereits unter 6. angegeben worden. Vgl. ferner Iauolenus fr. 52 mand. 17, 1 (L. 71) und andere bei Levy S. 3 aufgeführte Stellen. Wegen Pap. fr. 2 de distr. pign. 20, 5 vgl. einerseits Eisele, Beiträge S. 34, andererseits Levy S. 206 Anm.

Die fideiussio verdrängte nicht nur zwei Hauptarten der Bürgschaft, die sponsio und fidepromissio; sie nahm auch andere Formen in sich auf. In letzterer Beziehung ist von hohem Interesse der uns III, 116a erhaltene Zusatz eines Nachgajaners.

28. Beneficium legis Corneliae. III, 124. 125.

Sulla bestimmte, daß sich niemand für denselben bei demselben in demselben Jahre für mehr als 20000 Sesterzen = 3508 M. verpflichten solle.

Das Gesetz stammt vermutlich aus dem Jahre seines Konsulats 666/88; nach Appleton, Z. R. G. Bd. 39 S. 42

entweder aus dem Jahre 166/88 oder 673/81. Levy S. 118 läßt es dahingestellt sein, ob es überhaupt von Sulla herrühre.

I. Das Gesetz sprach nur von credita pecunia. Das wurde aber in einem weitern Sinne genommen und von jedem Gegenstande verstanden, von dem nur gewiß war, daß er damals, als die Verpflichtung entstand, geschuldet werde: quam tum cum contrahitur obligatio certum esset debitum iri. Die obligatio wird auf die Bürgschaftsverpflichtung zu beziehen sein. Aehnlich heißt es vom Konstitutum bei Ulp. fr. 18 § 1 de pec. const. 13, 5: eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse.

Eine solche Gewißheit, daß geschuldet werde, bestand schon für die betagte Obligation. Deshalb kam auch hier die Beschränkung der lex Cornelia zur Anwendung. Dabei tauchte die Frage auf: soll der Nominalwert der Hauptschuld oder welcher Wert sonst zugrunde gelegt werden?

Hierauf bezieht sich, wie Lenel und noch bestimmter Paul Krüger Dig.[11] annimmt, möglicherweise ein Ausspruch von Africanus in fr. 22 de obl. et act. 44, 7 (Lenel 17): eius temporis aestimatio spectanda est, quo satis acceperit.

Also wenn die Hauptschuld im Augenblicke der Verbürgung erst nach drei Jahren fällig war und 30 000 betrug, so kamen für die Gültigkeit der Bürgschaft nicht bloß nominelle 20 000 in Betracht: es mußten vielmehr die Zwischenzinsen mit in Anschlag gebracht werden, um die sich diese Summe noch erhöhte.

Wie stand es um die bedingte Hauptschuld? Hier war nicht gewiß, daß geschuldet werde. Also kam für eine bedingte Hauptschuld die Schranke der lex Cornelia wohl nicht in Betracht.

Dies dürfte der Sinn sein des etwas dunklen und ungelenken Satzes: id est sine ulla condicione deducitur in obligatione, 'der geschuldete Gegenstand muß von der Obligation ohne alle Bedingung umfaßt sein'.

Derselben Ansicht war vielleicht African, da er nur die betagte Schuld ins Auge faßt.

Dasselbe würde von Julian gelten, wenn mit Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 176 Anm. 40 anzunehmen wäre, daß bei Iul. lib. 88 dig. fr. 59 de uerb. obl. 45, 1 (Lenel 838) die Worte uel sub condicione interpoliert wären.

Ferner müßte diese Ansicht noch nach Gajus ihre Vertreter gefunden haben, wenn es richtig ist, daß der ungelenke Satz bei Gajus erst später hinzugefügt worden.

Dagegen beweist das uel sub condicione im angeführten fr. 59 für das Justinianſche Recht, daß im Laufe der Zeit eine andere Auffassung Platz gegriffen hatte.

Diesen Standpunkt nahm schon ein Ulpian fr. 42 pr. de obl. et act. 44, 7 lib. 21 ad ed. (Lenel 649): denn mit Mitteis wird hier ein nicht interpolierter Ausspruch anzunehmen sein.

Zu dieser Entwicklung mag die Erwägung geführt haben: daß durch leicht erfüllbare Bedingungen die Bestimmung der lex Cornelia leicht hätte umgangen werden können.

Wenn dann die Bedingung sich erfüllte, wird man bei der Wertabschätzung wohl ebenso zu Werke gegangen sein, wie bei der später fällig gewordenen Forderung: es mußten die Zwischenzinsen für die Zeit von der Verbürgung bis zum Eintritt der Bedingung mit in Anschlag gebracht werden.

II. Ausnahmen. Von der Regel werden Ausnahmen gemacht: teils im Gesetze Sullas, teils in der lex Iulia de uicesima hereditatium.

Diese Ausnahmen verdienen mehr Beachtung, als man ihnen bisher hat zuteil werden lassen.

1. Ich beginne mit dem, quod ex testamento tibi debeatur. Damit werden wir hingewiesen auf die cautio legatorum seruandorum causa. Vgl. Ulp. fr. 1 pr. ut leg. 36, 3: Legatorum nomine satisdari oportere praetor putauit.

Wir entnehmen zunächst unserer Stelle, daß diese Satisdationspflicht zu Sullas Zeiten bereits bestand.

Ferner ist das debeatur zu beachten. Damit wird hin-

gewiesen auf eine persönliche Schuld, also vor allem auf das Damnationslegat. Es scheidet aus das Vindikationslegat.

Von besonderer Wichtigkeit mußte diese Sicherheitsleistung sein für betagte und bedingte Legate. Dabei ist man aber nicht stehen geblieben. Paul. fr. 15 a. a. O.: Etiam de praesenti legato locum habet haec satisdatio, quoniam nonnullas moras exercitio iudicii habet.

Zwangsmittel war eine eigne missio in bona. Ulp. fr. 1 § 2 a. a. O.: si satis non datur, in possessionem bonorum uenire praetor uoluit. tit. D. ut in possessionem leg. 36, 4.

Wegen alles Näheren verweise ich auf meine Schrift De cautione et missione legatorum seu fideicommissorum seruandorum causa. 1872.

2. Ein anderer Fall si dotis nomine tibi debeatur. Hiermit hat es folgende Bewandtnis.

Seit alten Zeiten brauchte ein Ehemann eine Mitgift, die aus vertretbaren Sachen bestand, erst in drei jährlichen Raten, annua bima trima, zurückzuzahlen. Vgl. Ulp. VI, 8 und dazu M. Voigt, Lex Maenia S. 67 flg.; Bechmann, Dotalrecht Bd. 2 S. 339; Czyhlarz, Dotalrecht S. 653.

Eine solche Hinausschiebung der Rückzahlung mochte für den Ehemann sehr bequem sein, war aber nicht ohne Gefahr für die Frau. Zum Schutze dieser sollte daher der Ehemann die Rückzahlung unter Zuziehung von Bürgen besonders versprechen.

Was den Ursprung dieser Rechtsbildung anbetrifft, so heißt es c. 1 ne fidei. dotium dentur 5, 20 vom Jahre 381: Siue ex iure siue ex consuetudine lex proficiscitur, ut uir uxori fideiussorem seruandae dotis exhibeat. Mit ius in dieser Verbindung soll wohl auf die Rechtsprechung hingewiesen sein. Alle drei nebeneinander finden wir z. B. auch in der lex Antonia de Termessibus vom Jahre 683/71, Bruns-Gr.[7] n. 14, col. II, 18. 20. 21. Demnach ginge diese Verpflichtung zurück auf Rechtsprechung und Rechtsgewohnheit, denen sich schließlich die gesetzliche Bestätigung hinzugesellte.

Es steht wohl nichts im Wege, schon anzuknüpfen an die cautiones rei uxoriae, deren mittelbare Veranlassung nach Servius Sulpicius die Scheidung des Spurius Caruilius Ruga im Jahre 519/235 gewesen sein soll: Gell. n. a. 4, 3 § 2.

Für die Zeit Ciceros kommt in Betracht dessen Brief ad Att. 16, 15 § 2; vgl. darüber Keller, Litiscontestation S. 463 flg.

Ferner bezieht sich hierauf Ulp. fr. 24 § 2 sol. mat. 24, 3: Quotiens mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus. Vgl. zu dieser Stelle Mora des Schuldners Bd. 1 S. 351.

Diese Satisdationsverbindlichkeit wurde aber beseitigt durch c. 1 ne fidei. dot. dentur 5, 20 vom Jahre 381. Vgl. zu dieser Stelle Hasenbalg, Bürgschaft S. 112 flg. Und selbst die freiwillige Bürgschaft scheint zu verbieten c. 1 C. Th. de fidei. dotium 3, 15 vom Jahre 392: vgl. zu dieser Stelle Iac. Gothofredus.

Erzwungen wurde diese Satisdationsverbindlichkeit ebenfalls durch eine eigne missio dotis seruandae causa. Sie ist zwar im Justinianschen Rechte als solche verschwunden, hat aber noch in vier Pandektenstellen ihre Spuren zurückgelassen. Diese sind Paul. fr. 26 § 1 ad municip. 50, 1; Ulp. fr. 9 de rei uind. 6, 1; Marcellus fr. 48 de sol. 46, 3; Venul. fr. 15 § 4 de diu. temp. praesc. 44, 3. Einzig und allein von neueren Schriftstellern ist es Karlowa, der in seiner Röm. Rtsgesch. Bd. 2 S. 1183 flg. auf diese missio näher eingeht.

Die Stelle des Venulejus scheint freilich gelitten zu haben. Venulejus hat vermutlich die Besitzanweisung dotis nomine und rei seruandae causa auseinandergehalten. Auch sonst wird interpoliert sein. So stand bei Ulp. fr. 1 quib. ex caus. 42, 4 statt uentris nomine vielleicht dotis uentrisue nomine.

3. Eine weitere Ausnahme si . . iussu iudicis satis accipiatur.

Es kam nicht selten vor, daß die Parteien genötigt wurden,

Stipulationen abzuschließen, sei es vom Prätor oder Richter. Danach unterscheidet man praetoriae und iudiciales. Von den letzteren heißt es § 1 I. I. de diu. stip. III, 18 = Pomp. fr. 5 pr. de uerb. obl. 45, 1: iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio profiscuntur. Zwangsmittel des Richters: er wartet mit der Verurteilung bezw. Freisprechung. Vgl. Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 40.

Dabei bleibt zunächst offene Frage: inwieweit der Richter sich mit einem einfachen Versprechen begnügte, und wo er Bürgen verlangte. Anlangend die prätorischen Stipulationen bemerkt Ulp. fr. 1 § 5 de stip. praet. 46, 5: quaedam sunt, quae satisdationem exigunt, quaedam nudam repromissionem; sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent. Vgl. Bekker a. a. O. S. 43. Bei den iudiciales mag viel vom Ermessen des Richters abhängig gewesen sein.

Keller, Röm. Ziv.proz.[6] S. 390 Anm. 900 hat eine ganze Anzahl von stipulationes iudiciales zusammengestellt. Ich hebe davon diejenigen heraus, wo der satisdatio ausdrücklich gedacht wird. Ulp. fr. 11 de rei uind. 6, 1: de restitutione cum satisdatione cauebitur. Ulp. fr. 4 § 7 de doli mali 44, 4: Labeo ait, si . . iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi. Neratius fr. 57 de her. pet. 5, 3: sed melius est officio iudicis cautione uel satisdatione uicto mederi. Alfenus fr. 57 de rei uind. 6, 1: ut possessori caueret uel satisdaret.

4. Zu den drei Ausnahmen der lex Cornelia kommen hinzu diejenigen satisdationes, quae ex lege uicesima hereditatium proponuntur.

Mit dem proponuntur ist wohl hingewiesen auf das prätorische Edikt, das die betreffenden Formulare enthalten haben wird.

Wie der Name lex uicesima schon andeutet, betrug die Erbschaftssteuer fünf vom Hundert. Sie wurde von Augustus dem aerarium militare überwiesen. Darunter haben wir eine Staatskasse zu verstehen: Societas publicanorum Bd. 1 S. 163 flg.

Ursprünglich wurde diese Steuer verpachtet: Societas publ. a. a. O. S. 54 flg. Die Staatspächter hatten dem Staate in gewohnter Weise durch praedes praedia Sicherheit zu leisten. Andererseits konnten sich die Staatspächter von den Erben und Vermächtnisnehmern wiederum Sicherheit geben lassen. Darauf werden sich die satisdationes in unserer Stelle beziehen. Der naturgemäße Platz für die Formulare wäre demnach das Edikt de publicanis gewesen. Daß diese Bürgen dem Staate gestellt seien, wie ich früher mit Bachofen, Ausgew. Lehren S. 355, annahm, a. a. O. S. 215, halte ich jetzt für sehr unwahrscheinlich.

Erzwungen wurde vielleicht auch diese Satisdationsverbindlichkeit durch Einweisung der Staatspächter in den Besitz der betreffenden Erbschaft.

Später ist die Verpachtung mit der unmittelbaren Einziehung vertauscht worden, wahrscheinlich unter Hadrian: Hirschfeld, Kaiserl. Verwaltungsbeamte[2] S. 100.

Bei der unmittelbaren Einziehung trat der Staat zu den Erben in unmittelbare Beziehung. Die nächsten Verwandten waren von der Steuer frei: Bachofen, a. a. O. S. 336 flg. Wenn diese ein Testament anfochten, so handelte es sich für den Staat darum: ob er Erbsteuer erhalte oder nicht.

Sollte der Staat etwa warten, bis derartige Streitigkeiten ihre Erledigung gefunden hatten? Er scheint seine Erbsteuer von demjenigen erhoben zu haben, der in einem äußerlich fehlerfreien Testamente zum Erben eingesetzt war.

Mit der Erbschaftssteuer steht in Verbindung eine von Hadrian eingeführte Besitzeinweisung. Vgl. c. 3 pr. de edicto diui Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur 6, 33: Edicto diui Hadriani, quod sub occasione uicesimae hereditatum introductum est. Nou. Val. tit. 20 c. 1 § 5 vom Jahre 446: Cuius heres ex edicto diui Hadriani hereditaria corpora consequetur.

Anspruch auf diese Besitzeinweisung hatte vermutlich schon zu Hadrians Zeiten derjenige, welcher in einem äußerlich fehler-

freien Testamente zum Erben eingesetzt war. Vgl. c. 3 pr. a. a. O.: si quis (institutus) ex asse uel ex parte competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacumque suae formae parte uitiatum.

Während früher der Staatspächter, der seine Pacht dem Staate zahlte, Anspruch hatte auf Besitzeinweisung: erhielt jetzt den Besitz der Erbschaft der eingesetzte Erbe, von dem der Staat die Steuer unmittelbar erhob. Etwas anders denkt sich diesen Zusammenhang Bachofen a. a. O. S. 391.

Die Erbschaftssteuer war bereits vor Justinian in Wegfall gekommen. Vgl. c. 3 pr. a. a. O.: quia et uicesima hereditatis a nostra recessit re publica. Nicht erst Justinian hat sie aufgehoben, wie Bachofen a. a. O. S. 395 annimmt.

Die Besitzeinweisung hat sich aber erhalten und ist durch Justinian neu geregelt worden. Vgl. hierüber schon Bd. 2 Abt. 2 S. 254.

29. Codex accepti et expensi. III, 128—133.

Die nomina transscripticia, mit denen der § 128 einsetzt, entstanden durch Eintragung bezw. Umschreibung im codex accepti et expensi. Es könnte demnach auffallen, daß dieser codex gar nicht besonders erwähnt wird. Allerdings kommt die Bezeichnung codex nicht eben häufig vor, aber es gab noch andere Benennungen wie tabulae: vgl. über den Sprachgebrauch Niemeyer, Z. R. G. Bd. 24 S. 318. Bei Gajus fehlt überhaupt eine Darstellung der Sache. Vielleicht war diese altrömische Buchführung schon zu Gajus' Zeiten nicht gerade eine notwendige Voraussetzung mehr für Entstehung derartiger Forderungen; auch eine anders geartete Buchführung mag genügt haben. Jedenfalls ist Gajus fertig geworden, ohne auf die Einrichtung des codex accepti et expensi näher einzugehen, während die neuere romanistische Litteratur gerade von hier aus ihren Ausgang genommen hat und damit den richtigen Weg eingeschlagen haben dürfte. Allerdings ist hier vieles zweifelhaft

und unsicher. Mit der Litteratur bis zum Jahre 1873 hat sich eingehend beschäftigt Danz, G. des R. Rts. Bd. 2 [2] § 151; weitere Litteratur siehe bei Girard-von Mayr S. 538 Anm. 6.

1. Seit alter Zeit pflegten in Rom die Kapitalisten einen codex accepti et expensi zu führen: vgl. Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 747. Dieser codex war ein Kassabuch für Einnahme und Ausgabe, das sich ursprünglich vielleicht auf die Darlehne beschränkte. Jedenfalls sind diese Darlehne noch später die Hauptsache. Und ein Buch, wo alle Einnahmen und Ausgaben eingetragen wurden, scheint es nie geworden zu sein: vgl. M. Voigt, Ueber die Bankiers, Abh. der sächs. Ges. d. W. Bd. 10 S. 550.

Dieses Buch hatte zwei Rubriken: eine für Ausgaben, expensa; die andere für Einnahmen, accepta. Vgl. M. Voigt S. 541.

2. Die Grundlage dieses Buches bildeten die Darlehne, welche wirklich ausgezahlt waren und als expensa gebucht wurden, die nomina arcaria. An sie haben sich die nomina recepticia erst angelehnt: vgl. Karlowa Bd. 2 S. 750. 751.

Von diesen nomina arcaria heißt es III, 131: hier erzeuge die Zahlung eine Realobligation, keine Litteralobligation; der Eintrag schaffe überhaupt keine Obligation, sondern liefere nur den Beweis der Zahlung.

Das ist meines Erachtens eine ganz moderne Vorstellung, die vielleicht gerade um deswillen bisher kaum beanstandet worden, und die in gewisser Weise auch richtig ist für die spätere Zeit. Aber es fragt sich doch zunächst: gab es denn schon ein klagbares mutuum, als die Klage aus dem expensum entstand? Ich verneine diese Frage und werde hierauf gleich zurückkommen.

Von diesem Standpunkte aus gewinnt die Sache ein ganz anderes Ansehen. Das einfache mutuum war nicht klagbar, es erlangte aber Klagbarkeit durch den Eintrag in das Darlehnsbuch. Ein solcher Eintrag schuf mithin von Haus aus

eine Litteralobligation: d. h. eine Obligation, zu deren Entstehung außer der Zahlung die Schrift eine notwendige Voraussetzung bildete. Es wäre doch auch seltsam, wenn die nomina arcaria, die man das Rückgrat des codex accepti et expensi nennen kann, als bloße Beweisurkunden ihr Dasein begonnen hätten.

3. Schon frühzeitig beschränkte man sich aber nicht darauf, bloß das Darlehn einzutragen, man fügte zugleich den Zinsfuß hinzu. Dies zeigen uns deutlich die Versuche, die gemacht wurden zur Umgehung der römischen Zinsgesetzgebung bezw. Zinsverbote. Vgl. Liu. 35, 7 § 2 aus dem Jahre 561/193. Insofern hätten wir wiederum einen Eintrag, der einen klagbaren Anspruch erzeugte. Vgl. M. Voigt S. 547. Von einer Stipulation, die Heimbach, Creditum S. 316 hier einschieben möchte, ist keine Rede. Die Stelle wird mich gleich noch näher beschäftigen.

Dem Zinsfuße wird sich weiter angeschlossen haben eine Buchung der gezahlten und eingenommenen Zinsen. So ist wohl zu verstehen Plaut. Truc. 1, 1 Vers 52—54 (71—73): pro tabulis . . ubi aera perscribantur usuraria, accepta dico, expensa ne qui censeat.

4. Sodann beweisen die oben berührten Umgehungsversuche, daß sich die Sitte, ein solches Darlehnsbuch zu führen, nicht auf Rom beschränkte, sondern auch auf die Bundesgenossen erstreckte; und bei diesen nicht bloß üblich war, sondern auch für und gegen die Römer rechtliche Wirkungen erzeugte. Es handelte sich also nicht einmal um ein römisches Sonderrecht.

5. Neben den nomina arcaria werden zwei Arten von Eintragungen unterschieden: a re in personam und a persona in personam. In beiden Fällen haben wir es mit einem fingierten Hin- und Herzahlen zu tun. Beiderlei Eintragungen werden III, 128 mit der Bezeichnung nomen transscripticium umfaßt. Dann ist aber III, 129 für a re in personam bloß scriptio überliefert. So werden wir beim nomen transscripticium vom a persona in personam unsern

Ausgang zu nehmen haben, dem das a re in personam erst angegliedert sein wird. Dies nimmt bereits an M. Voigt S. 548 Anm. 67. Ich werde hierauf Erkl. 32 zurückkommen.

6. Daß noch zu Ciceros Zeiten auch Peregrinen namentlich als Schuldner in den codex accepti et expensi eingetragen wurden, beweist für Gallien pro Fonteio 5, 11: Nemo Gallorum sine ciue Romano quicquam negotii gerit, nummus in Gallia nullus sine ciuium Romanorum tabulis commouetur. Doch treten schon Bestrebungen hervor, die Peregrinen hiervon auszuschließen. Nach Asc. Ped. in Corn. K. S. S. 50 hatte Cornelius nach dieser Richtung einen Antrag beim Senate gestellt, der sich freilich auf die legati exterarum nationum beschränkte, auch abgelehnt wurde. Vgl. zur Sache Ihne, Röm. Gesch. Bd. 6 S. 196 flg.

Später taucht nach III, 131 unter den beiden Schulen eine Streitfrage auf: ob bzw. wieweit die nomina transscripticia den Fremden zugänglich zu machen seien. Wir haben es hier also mit einer ähnlichen Erscheinung zu tun wie bei der sponsio. Die sponsio, welche in der klassischen Zeit als römisches Sonderrecht auftritt, war in alter Zeit auch einmal Bundesgenossen zugänglich: vgl. Erkl. 12 unter 5.

7. Die den Schuldner verpflichtende Kraft wird III, 137 auf das expensum ferre zurückgeführt: in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur. Nun ist aber ein solches expensum ferre an sich nichts weiter als eine einseitige Erklärung des Gläubigers, die unmöglich eine solche Wirkung gehabt haben kann. Wollen wir demnach den in Frage stehenden Litteralvertrag als ein Erzeugnis römischer Buchführung ansehen, so müssen wir das Darlehnsbuch des Schuldners mitheranziehen: wo dem expensum des Gläubigers das acceptum des Schuldners entsprechen mußte. Vgl. Karlowa S. 754.

Auf diese Weise wäre aber ein solcher Vertrag nur möglich gewesen zwischen zwei Kapitalisten, die beide ein Darlehnsbuch führten. Man scheint sich indes später mit dem gebuchten

expensum begnügt und für die Zustimmung des Schuldners anderweitigen Beweis gestattet zu haben. Vgl. Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 294 Anm. 14. Dieser Beweis hätte aber ein schriftlicher sein müssen, denn sonst wäre der Begriff Litteralkontrakt preisgegeben. Und so stellt Theoph. III, 15 die Sache auch dar: εἶτα ἐνεγράφετο . . ταῦτα τὰ ῥήματα· expensos mihi tulisti. Ueber diesen Ausspruch des Theophilus hat sich freilich Keller, Institutionen S. 104 sehr mit Unrecht einfach hinweggesetzt.

8. In diesen Zusammenhang dürfte gehören folgende Bemerkung des Ps.-Asconius in Verr. II, 1 § 60 (B. S. 175): Sed postquam obsignandis literis reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec uetus consuetudo cessauit.

Der Scholiast hat hier vor Augen das römische Darlehnsbuch und gibt an: wie es gekommen, daß diese Buchführung aufgehört habe. Man habe angefangen, die Schuldner mittels zu versiegelnder Schrift, obsignandis tabulis, aus ihren eignen Tafeln, ex suis quisque tabulis, zu verklagen.

Seitdem man Abstand nahm von einer Buchung des acceptum ferre durch den Schuldner und sich statt dessen mit anderweitigem schriftlichen Beweise begnügte, konnte man füglich absehen von einer Buchung des expensum ferre durch den Gläubiger. Denn ein durch Urkunde bewiesenes acceptum des Schuldners hatte selbstverständlich ein expensum des Gläubigers zur Voraussetzung. So wurde auch nach dieser Richtung hin die Buchung durch anderweitige Beurkundung ersetzt, wenn diese Urkunde beweiskräftig war, also vor allen Dingen eine Versiegelung stattgefunden hatte, und auf diese Weise allmählich der altrömischen Buchführung der Untergang bereitet.

Dieser Untergang wird uns hier bezeugt in einem Kommentare, frühestens aus dem vierten Jahrhundert. Also werden die altrömischen Darlehnsbücher wohl schon vor dem vierten Jahrhundert verschwunden sein.

Und da der Untergang einer altrömischen Einrichtung in

Frage steht, werden die Mittel, welche dazu führten, ebenfalls dem römischen Rechte entsprochen haben. Somit wäre bei den obsignandis literis vor allen Dingen zu denken an den bei Paul. sent. 5, 25 § 6 erwähnten, unter Nero erlassenen Senatsbeschluß: siehe darüber Bd. 2 Abt. 2 S. 160.

9. Die Entwicklung des römischen Litteralkontraktes hätten wir uns demnach so vorzustellen.

Die Grundlage des codex accepti et expensi bilden die nomina arcaria. Das Geld wird aus der Kasse genommen und ausgezahlt: vom Gläubiger als expensum, vom Schuldner als acceptum gebucht. Das einfache mutuum war noch nicht klagbar: wir haben hier also einen richtigen Litteralkontrakt vor uns, der sich freilich einer Zahlung anlehnte.

Daneben entstehen die nomina recepticia, bei denen ein wirkliches Zahlen nicht stattfand, ein Hin- und Herzahlen aber fingiert wurde. Sie treten in doppelter Gestalt auf: a re in personam und a persona in personam.

Als später das einfache mutuum klagbar wurde, tauchte die Frage auf: ob die nomina arcaria nicht vielmehr als Beweisurkunden aufzufassen seien, so daß als Litteralkontrakte die nomina recepticia allein übrig geblieben wären.

Ferner war eine Buchung des Schuldners in späterer Zeit nicht mehr nötig, man begnügte sich mit sonstiger Beurkundung. So blieb die Schriftlichkeit immer noch gewahrt, wenn auch von einer doppelten Buchung abgesehen wurde.

Endlich hörte auch die Buchung des Gläubigers auf und wurde durch die anderweitige Beurkundung ebenfalls vertreten.

10. Ueber Sprachgebrauch und Einrichtung wäre noch folgendes zu bemerken.

Die Ausdrücke expensum und acceptum waren an sich schon verschiedener Deutung fähig. Wer ein Darlehn hingab, begründete durch expensum eine Forderung; wer ein Darlehn annahm, verpflichtete sich durch acceptum. Wer dagegen ein Darlehn zurückzahlte, tilgte durch expensum eine Schuld; und wer sich ein Darlehn zurückzahlen ließ, hob durch acceptum

eine Forderung auf. Also wir haben Ausdrücke vor uns, die sowohl die Begründung wie die Aufhebung einer Obligation bezeichnen. Dazu kommt beim nomen transscripticium das fingierte Hin- und Herzahlen. Woran sieht man nun, ob expensum und acceptum in diesem oder jenem Sinne zu nehmen ist?

Nach Karlowa S. 755 sollen wirkliche Ausgaben und Einnahmen bezeichnet sein mit expendi und accepi bzw. expensum und acceptum; fiktive Ausgaben und Einnahmen aber mit expensum fero und acceptum fero. Ferner könne acceptum refero technisch genau der Buchführer nur sagen in bezug auf einen früheren Eintrag in seinem eignen Buch; der Gläubiger, welcher durch expensilatio eine Forderung begründet hatte, hob sie auf durch ein acceptum refero. Parallel diesem acceptum refero des Gläubigers wird der Schuldner in seinem Buch ein auf sein früheres acceptum fero sich beziehendes expensum refero eingetragen haben.

Ein solcher Sprachgebrauch ist aber nicht überall durchgeführt, wie Karlowa selber einräumt. Auch an sonstigen Merkmalen wird es nicht gefehlt haben, woran man die Bedeutung des acceptum und expensum erkennen konnte. Schon die Rubrik als solche erleichterte das Verständnis. Oder der Schuldgrund war angegeben, wie bei den aera usuraria. An ein einziges striktes Schema ist überhaupt nicht zu denken: vgl. Niemeyer, Z. R. G. Bd. 24 S. 320. Wo viele Gläubiger und Schuldner zu buchen waren, wie dies namentlich bei einem Bankier leicht vorkommen konnte, wird man für die Gläubiger und Schuldner besondere Seiten verwandt haben. Diesen Gedanken legt nahe eine Stelle bei Plautus, wo beim Jupiter verschiedene Tafeln für gute und schlechte Menschen vorausgesetzt werden. Rudens prol. Vers 15. 21: Eorum referimus nomina exscripta ad Iouem . . Bonos in aliis tabulis exscriptos habet. Vielleicht standen die Gläubiger auf der linken, die Schuldner auf der rechten Seite; oder umgekehrt.

11. Eine Hauptfrage wäre schließlich: was ist ein Litteralkontrakt, eine litterarum obligatio? Mir ist aber zweifelhaft,

ob Gajus sich hierüber vollständig klar geworden ist. Auch könnte der Begriff zu verschiedenen Zeiten ein verschiedener gewesen sein. Ich beschränke mich hier auf ein paar kurze Bemerkungen in Anlehnung an das arcarium nomen.

Solange das einfache mutuum noch nicht klagbar war, wurde durch Eintrag ins Darlehnsbuch eine klagbare Obligation überall erst begründet: Litteralkontrakt in diesem Sinne.

Als später das einfache mutuum klagbar wurde, konnte der Eintrag als Beweisurkunde benutzt werden. War er aber bloß Beweisurkunde? Er hätte außerdem als abstrakt verpflichtende Urkunde in Betracht kommen können: Litteralkontrakt in diesem Sinne.

Ich werde im § 33 das nomen arcarium in seinem Verhältnis zum mutuum näher ins Auge fassen.

30. Nomen transscripticium a persona in personam. III. 128—130. 133.

An die Spitze der Litteralkontrakte sind gestellt die nomina transscripticia, die mich jetzt nach verschiedenen Richtungen beschäftigen sollen.

1. Die Wortbildung transscripticium.

Transscripticius ist eine Herleitung vom Partizipium Pass. transscriptus, dessen Stamm transscript die Endung icius angehängt wurde. Vgl. über die Adjektiva auf icius Wölfflin, Archiv Bd. 5 S. 414 flg.; Stolz, Hist. Gr. Bd. 1 S. 519.

Während das Partizipium auf die einmalige Handlung Bezug nimmt, wird mit icius der bleibende Zustand bezeichnet. So weist deditus auf die einmalige Unterwerfung hin, dagegen bei dediticius gelangt die bleibende soziale Stellung zum Ausdruck: vgl. Bd. 1 S. 108. Demgemäß ist nomen transscriptum die umgeschriebene Forderung als Ergebnis einer einmaligen Handlung, bei nomen transscripticium hingegen haben wir uns die umgeschriebene Forderung als eine dauernde in ihrer rechtlichen Lage vorzustellen.

Corp. gloss. Lat. II, 200 Zle 29 wird transscripticiis erklärt mit μεταγραπτέοις.

2. Verhältnis zum nomen arcarium.

Wenn der Römer zu einem Darlehn Geld aus seiner Kasse nahm und dieses in seinem codex accepti et expensi als verausgabt buchte, so war dies kein nomen recepticium, sondern nomen arcarium. So schon Keller, Inst. S. 108.

Wenn dagegen das Darlehn, welches der Titius erhalten hatte, auf den Mevius umgeschrieben wurde, so haben wir das nomen transscripticium.

Eine Umschreibung in der Weise, daß die Person des Gläubigers wechselte, scheint es gar nicht gegeben zu haben: siehe Karlowa S. 751. In unseren heutigen Grundbüchern wird umgekehrt die Forderung von einem Gläubiger auf den andern umgeschrieben.

3. Der regelmäßige Hergang.

Der regelmäßige Hergang wird der gewesen sein, daß der Gläubiger für sein ausgeliehenes Geld sich nach einem andern Schuldner umsah. Titius brauchte das Geld nicht mehr und hatte es gekündigt; oder der Gläubiger hatte das Geld dem Titius gekündigt, bzw. den Zahlungstermin nicht weiter verlängert. Dies Geld sollte der Mevius haben. Statt nun das Geld an den Gläubiger zurückzuzahlen, der es dann wieder an Mevius gezahlt und so ein neues nomen arcarium begründet hätte: zahlte Titius sofort an Mevius und delegierte den Mevius dem Gläubiger als seinen neuen Schuldner, auf den dieser die Schuld des Titius nunmehr umschrieb.

Dies ist zugleich eine Erläuterung zu Gai. III, 130: si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te solutionis ergo delegauerit mihi.

Die Buchung haben wir uns etwa in folgender Weise vorzustellen.

Im Buche des Gläubigers stand in der Rubrik expensum der Titius als Schuldner von hundert aufgeführt: Titio centum expendi.

Unter diesem Eintrage wurde vom Gläubiger vermerkt: quod mihi Titius debet, Meuio id expensum fero, Titio Meuium solutionis ergo delegante mihi.

Damit wäre dann die transscriptio vollzogen.

So der regelmäßige Hergang. Aber schwerlich war dies der einzige Fall. Karlowa S. 754 meint freilich: die Fiktion bringe mit sich, daß der Gläubiger für die Begründung der neuen Forderung eine Forderung aufgebe. Immerhin wird dem Mevius freigestanden haben, auf die Geldzahlung des Titius zu verzichten, sie als geschehen anzusehen: so daß er als Schenker in das Schuldverhältnis eingetreten wäre. Weiter bleibt offene Frage: ob eine Delegation überhaupt nötig, ob der Mevius nicht aus freien Stücken die Schuld hätte übernehmen können. Hierauf werde ich noch zurückkommen.

4. Umgehung der Zinsgesetze.

Die nomina transscripticia sind benutzt worden zur Umgehung der Zinsgesetze, wie uns Liu. 35, 7 § 2 unterm Jahre 561/193 berichtet: cum multis faenebribus legibus constricta auaritia esset, uia fraudis inita erat, ut in socios, qui non tenerentur iis legibus, nomina transscriberent.

Dabei ist vor allen Dingen zu denken an die lex Genucia vom Jahre 412/342, welche nach Liu. 7, 28 § 9 das Zinsennehmen überhaupt verbot: ne fenerare liceret. Bei anderer Gelegenheit werde ich auf diesen Punkt zurückkommen, vorläufig verweise ich auf Billeter, Gesch. des Zinsfußes S. 135 flg. Hier soll mich nur die Umgehung beschäftigen, die ich mir in folgender Weise vorstelle.

Ein Römer lieh dem Römer Titius Geld und trug den Betrag als expensum auf den Namen des Titius ein. Damit haben wir zunächst ein nomen arcarium. Dieser Titius delegierte sodann einen Bundesgenossen Mevius, der an seiner Statt die Schuld übernahm. Auf diesen wurde die Schuld umgeschrieben, und solchem Bundesgenossen konnten Zinsen aufgebürdet werden. Der Bundesgenosse Mevius, der auf diese

Weise durch ein Passivum erfreut war, wurde dafür durch ein gleiches Aktivum entschädigt. Er schrieb dafür in sein Buch den Römer Titius als Schuldner ein, dem er ebenfalls Zinsen auferlegte. Die Folgerung, daß Fremde durch Litteralvertrag Gläubiger werden konnten, hat schon Cuq, Institutions I, S. 218 n. 8 gezogen: wie ich entnehme Girard-von Mayr S. 540 Anm. 2. Auf diese Weise nahm der Mevius Zinsen vom Titius ein, und hatte sie an dessen früheren Gläubiger, den ich Sejus nennen will, zu zahlen. Solche Zinszahlungen ließen sich in der Weise abkürzen, daß der Titius gleich unmittelbar dem Sejus die Zinsen zustellte. Und ebenso verhielt es sich mit dem Darlehn. Formell war der Mevius Darlehnsschuldner des Sejus geworden und hatte dafür den Titius als Darlehnsschuldner erhalten. Bei Rückzahlung des Darlehns konnte sich aber wieder Titius unmittelbar mit Sejus ins Einvernehmen setzen. In Wahrheit war das Darlehn immer beim Titius geblieben.

Gegen diese Gesetzesumgehung wurde zunächst in der Weise eingeschritten, daß die Schuldner von einem bestimmten Zeitpunkte an vorschreiben konnten, welches Recht zur Anwendung kommen solle, ob das römische oder das der Bundesgenossen. Es heißt bei Liu. § 3: ut, qui post eam diem socii ciuibus Romanis credidissent pecunias, profiterentur, et ex ea die pecuniae creditae, quibus debitor uellet legibus, ius creditori redderetur.

Ein solcher Schuldner hatte zwar statt des Gläubigers, der das Geld wirklich hergegeben, einen fingierten Darlehnsgläubiger erhalten, gleichwohl sollte er auf das alte Verhältnis zurückgehen dürfen.

Tiefer griff dann ein die lex Sempronia, welche überhaupt die Bundesgenossen in dieser Beziehung den römischen Gesetzen unterwarf. Es heißt bei Liu. § 5: ut cum sociis ac nomine Latino creditae pecuniae ius idem quod cum ciuibus Romanis esset.

Anders verstehen die Stelle Heimbach, Creditum S. 316;

Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 752; Mitteis, Z. R. G. Bd. 32 S. 253.

Heimbach stellt sich die Sache so vor: 'Der römische Bürger . . trägt das Geld in das Hausbuch ein als an den Latinen verausgabt, und dieser wird ihm durch diese wirkliche Numeration . . verbindlich . . Erst dann leiht der Empfänger das Geld an römische Bürger aus'.

Hier hätten wir es gar nicht mit einer Umgehung der römischen Gesetzgebung zu tun, die nur für den Verkehr der Römer untereinander galt. In diesem Falle hätte ein Römer einem Bundesgenossen und dieser wieder einem andern Römer Geld geliehen.

Bei Mitteis heißt es: 'das Darlehn, das aus der Tasche des Römers herkommt, wird von vornherein auf die Person und die Bücher des socius verstellt (transscribitur), so daß dieser sofort primärer Gläubiger wird'.

Das wäre meines Erachtens eine falsche Buchführung: 'das aus der Tasche des Römers herkommt' erschiene ja gar nicht in den Büchern. Und dieses transscribitur würde sich jedenfalls nicht mit der transscriptio bei Gajus decken.

Nach Karlowa scheint die Manipulation folgende gewesen zu sein: 'in dem Buch des römischen Bürgers wurde der betreffende Geldposten, welcher in Wahrheit einem andern römischen Bürger . . ausgeliehen war, nicht als an diesen, sondern als an einen bestimmten socius . . ausgeliehen eingetragen'.

Das wäre ein ähnlicher Standpunkt, wie bei Mitteis, und ein ähnlicher Fehler. Daß der Römer Titius das Geld erhält, nehme auch ich an. Damit kann dann aber nicht der Bundesgenosse belastet werden, sondern dieses Geld ist zu buchen als ein nomen arcarium, das der Titius schuldet. Zu einer Forderung des Bundesgenossen Mevius komme ich freilich ebenfalls, aber auf dem Wege einer regelrechten Buchführung. Ich nehme zunächst eine Delegation vor. Der Titius delegiert den Mevius dem Sejus, dafür schreibt der Mevius den Titius als seinen Schuldner in sein Buch.

31. Eine erhaltene Urkunde über ein nomen transscriptum a persona in personam.

Die im Gebiete von Tibur gefundene und zuerst von Zdekauer 1882 herausgegebene Urkunde ist weiter abgedruckt C. I. L. 14 n. 3471 und von Mommsen mit einer kurzen Erklärung versehen worden.

Eine Nachvergleichung von Hülsen hat einige Berichtigungen ergeben, die schon von Mommsen und Gradenwitz in Bruns, Fontes[6] n. 130 = Fontes[7] n. 156 benutzt worden sind und zu einer abweichenden Erklärung geführt haben. Den neuesten Text bringt Dessau in Ephemeris epigraphica Bd. 9 n. 892 S. 466 mit der Erklärung aus Bruns, Fontes. Denselben Text gibt auch wieder Girard, Textes[4] S. 843.

Dieser Text lautet:

1 A. Furius R⟨ufu⟩s quod in eum transscriptum
2 est a C. Cae⟨sio⟩ Basso apsente ⟨de⟩bitore
3 nominibus ⟨du⟩obus subsignatis praedis
4 soluit M. Iun⟨io⟩ Silano A . . . . cos. XII m(ilia) n(ummum)
5 . . S LVIII m(ilia) n(ummum) soluit (Saturni)no et Scipione . . . a)diectis
6 . . onii . .

Die fünfte und sechste Zeile ist nach dem Zeugnis von Hülsen später hinzugefügt worden.

Die Erklärung von Mommsen auf Grund des berichtigten Textes ist diese.

Die praedia subsignata weisen hin auf eine Schuld an den römischen Staat oder eine Gemeinde. Schuldner war C. Caesius Bassus, verschrieben waren die Grundstücke des A. Furius Rufus. Am Verfalltag sei der Schuldner abwesend gewesen und habe nicht gezahlt. Die betreffenden Beamten des Staates, der Gemeinde hätten des Recht gehabt, die Grundstücke zu verkaufen; es aber vorgezogen, die Forderungen von dem Schuldner auf den Eigentümer der Grundstücke umzuschreiben in Gemäßheit von Gai. III, 130. Dies

sei geschehen sola creditoris transscriptione. Wenn keine Delegation vorgenommen wurde, so beruhe dies auf einer Eigentümlichkeit des ius praediatorium.

Was zunächst die Heranziehung des ius praediatorium anbetrifft, so hat bereits Girard Bedenken geäußert. Er bemerkt: Peut- être pourrait- on plus simplement supposer, que c'est dès le principe et au même moment qu'en l'absence de C. Caesius Bassus, A. Furius Rufus s'est porté débiteur à sa place et a donné immédiatement la sûreté des praedia subsignata.

Nach Girard hat sich also A. Furius Rufus an Stelle des C. Caesius Bassus als Schuldner angeboten und zur Sicherheit dem Staate, der Gemeinde Grundstücke verschrieben. So wird Girard auch ohne Delegation fertig. Wir können den Rufus als einen negotiorum gestor auffassen, der für den abwesenden Bassus eintritt.

Allerdings liegt diese Annahme viel näher als die von Mommsen vorgeschlagene; und setzt sich auch nicht mit Gajus in Widerspruch, wo das ueluti neben der Delegation noch Raum für andere Möglichkeiten übrig läßt.

Und wie sollen wir das sola creditoris transscriptione bei Mommsen eigentlich verstehen? Jedenfalls mußte der Rufus doch einen Antrag stellen, und damit haben wir dann den negotiorum gestor.

Vielleicht brauchen wir gar nicht einmal auf die Delegation zu verzichten und können bei dieser Urkunde ruhig das regelmäßige Verfahren zugrunde legen. Ich stelle mir die Sachlage in folgender Weise vor.

Eine Gemeinde, so will ich kurzweg sagen, hatte eine Forderung von 12000 und eine andere von 58000 Sesterzen an den C. Caesius Bassus. Beide Forderungen wurden auf den A. Furius Rufus als neuen Schuldner umgeschrieben, nachdem Grundstücke dafür verschrieben waren. Hinter duobus ist mit Mommsen und Girard kein Komma zu setzen, vielmehr subsignatis praedis auf nominibus duobus zu beziehen.

A. Furius Rufus zahlte die kleinere Schuld von 12000 Sest. unter dem Konsulate des M. Iunius Silanus. Dieser war Konsul im Jahre 46 nach Chr. zusammen mit Valerius Asiaticus: siehe Klein, Fasti cons. S. 33. Wegen dieser Datierung ist freilich Mommsen bedenklich. Einmal aus dem Grunde, weil das übriggebliebene A zu Valerius Asiaticus nicht passen würde. Sollte das ein unüberwindliches Hindernis sein? Das erhaltene A ist vielleicht zu Asiat. oder Asiatico zu erweitern. Der Raum zwischen diesem A und cos ist bei Mommsen durch vier Punkte, bei Dessau durch sieben Striche angedeutet. In den Konsulatsverzeichnissen des Idatius und Prosper heißt es: Asiatico et Silano. Und gleich bei dem auf unserer Inschrift folgenden Konsulate haben wir bei beiden Konsuln nur die Cognomina.

Nach dieser Zahlung werden die ersten vier Zeilen in den Stein gemeißelt sein. Die größere Schuld wurde zurückgezahlt unter dem Konsulate des Saturninus und Scipio, das wäre im Jahre 56 nach Christi.

Bei der Erweiterung des A zu Asiatico kämen wir zu einer Zwischenzeit von zehn Jahren. Das erscheint Mommsen etwas lange. Und dieses Bedenken wäre einigermaßen gerechtfertigt einem Schuldner gegenüber, auf den das ius praediatorium Anwendung litt. Aber was nötigt uns denn, einen solchen Schuldner vorauszusetzen?

In dem apsente debitore liegt weiter nichts, als daß der Schuldner Bassus bei der Umschreibung nicht zugegen war. Er brauchte seinen Wohnsitz darum noch gar nicht verlassen zu haben. Nach III, 138 war sogar ein expensum ferre einem Abwesenden gegenüber zulässig: um so weniger brauchte bei der Umschreibung der alte Schuldner zugegen zu sein. Wäre er zugegen gewesen, so würde es vermutlich geheißen haben praesente debitore, oder vielleicht gleich delegante debitore. Die jetzt eingemeißelte Umschreibung beweist also keine Delegation. Darum könnte sie aber gleichwohl stattgefunden haben.

Die Verschreibung der Grundstücke ging der Umschreibung der Forderungen vorauf: nominibus duobus subsignatis praedis. Es mögen dies eigne Grundstücke des neuen Schuldners gewesen sein, das war aber keineswegs nötig. Jedenfalls sollten diese Grundstücke der Gemeinde Sicherheit darbieten für die beiden Forderungen. Vgl. Ulp. fr. 33 § 1 de us. 22, 1. Insoweit stand also der Umschreibung auf den neuen Schuldner nichts mehr im Wege.

Aber derjenige, welcher die Schuld auf sich nahm, war vielleicht auch sicher gegangen. Gegen Verschreibung der Grundstücke ließ er sich das Darlehn schon auszahlen. Dieses Darlehn war aber kein nomen arcarium, das aus der Gemeindekasse erfolgte, sondern ein nomen transscripticium, das der Bassus an den Rufus gezahlt hatte, indem er ihn der Gemeinde als Schuldner delegierte. Auf Grund einer solchen Delegation wird dann die Schuld des Bassus im Gemeindebuch durch ein acceptum getilgt sein und konnte somit durch ein expensum für den Rufus neu begründet werden.

Wenn heutzutage im Grundbuche etwas eingetragen wird, so pflegt ein solcher Eintrag vorher schon in jeder Beziehung vorbereitet zu sein. So wird es sich auch wohl verhalten haben mit den Umschreibungen, welche römische Gemeinden vornahmen. Ehe eine Gemeinde einen Posten auf einen neuen Schuldner umschrieb, wird sie sich Grundstücke zur Sicherheit haben verschreiben lassen; und der neue Schuldner wird sich das Geld vom alten haben auszahlen lassen, der ihn dann der Gemeinde delegierte. Ein alter Schuldner, der schon delegiert hatte, brauchte dann nicht dabei zu sein, wenn die Umschreibung des Postens vor sich ging.

Derartige Vorbereitungen sind durch die Sache gegeben. Wir haben dafür aber auch eine Bestätigung in dem Vermerk A. F. P. R. = antea factum post relatum. Vgl. Bemerkung zu solutionis ergo in III, 130.

Die Gemeinden pflegen ihre Kapitalien auf längere Zeit auszuleihen. Vgl. Ulp. fr. 33 pr. de us. 22, 1 und dazu

Liebenam, Städteverwaltung S. 330. Daß es auch dem Rufus um eine mehr dauernde Anlage zu tun war: dafür spricht der Umstand, daß der Hauptposten erst zehn Jahre nach dem kleineren zurückgezahlt wird. Für die Tilgung des Hauptpostens war gleich Platz gelassen auf dem Steine; und nach dieser Tilgung sind die Zeilen 5 und 6 hinzugekommen.

Zehn Jahre sind gerade zwei lustra. Das lustrum spielt auch sonst eine Rolle bei der Finanzverwaltung der Gemeinden: vgl. z. B. lex Urs. 82.

Der Zweck, dem der aufgestellte und mit Inschrift versehene Stein dienen sollte, wird der gewesen sein: aller Welt zu verkünden, daß das fragliche Grundstück von den beiden Gemeindeforderungen befreit sei. Und da mehrere Grundstücke verschrieben waren, subsignatis praedis, ist anzunehmen: daß auf den übrigen mitverschriebenen Grundstücken ebenfalls ein solcher Stein gesetzt war. Eine derartige Steinsetzung vertrat die Tilgung in unsern Grundbüchern.

Etwas zu eng ist meines Erachtens die Auffassung von Mommsen, der sich den Zweck in dieser Weise vorstellt: Rufus . . ne postea de iis lis sibi moueretur id ipsum in iis (praedis) perscribi iussit.

Recht künstlich und kaum haltbar ist die von Naber, Mnemosyne noua ser. Bd. 22 S. 252 versuchte Erklärung. Danach soll Rufus, wenn ich Naber richtig verstanden habe, mit verschriebenen Grundstücken gezahlt haben: so daß Rufus persönlich frei wurde und die Gemeinde sich nur an die Grundstücke halten konnte.

Dann hätte aber doch wohl gesagt sein müssen, daß die Grundstücke an Zahlungs Statt hingegeben seien. Das paßt aber wieder nicht zum subsignare. Zudem sind als Gegenstand der Zahlung ausdrücklich angegeben die 12 000 bzw. 58 000 Sesterzen.

32. Das nomen transscripticium a re in personam. III, 129.

Als Beispiele eines nomen transscripticium a re in personam nennt Gajus Kaufschuld, Mietschuld, Gesellschafts-

schuld, die als verausgabt gebucht werden konnten. Dabei ist zu bedenken, daß diese Konsensualkontrakte erst verhältnismäßig spät klagbar wurden. Ursprünglich wurde hier also keine bestehende Schuld eingetragen, sondern eine klagbare Forderung durch die Eintragung erst begründet. So erklärt sich der Ausdruck nomina facere, den wir namentlich bei Cicero antreffen: de off. 3, 14 § 59; ad Fam. 7, 23 § 1. Vgl. ferner Scaev. fr. 41 § 17 de fideic. lib. 40, 5. Ich habe hierauf schon hingewiesen Arg. Stip. Festgabe für Thon S. 31.

Wie kam man dazu, eine solche Forderung nomen transscripticium zu nennen? Es wird hier doch gerade so wenig umgeschrieben wie bei einem nomen arcarium. Auch spricht ja Gajus nur von einer scriptio. Freilich hat man hier ebenfalls ein transscribere herausbringen wollen. So meint Karlowa a. a. O. S. 751: es sei der Schuldposten aus der Abteilung für res umgeschrieben worden in die Abteilung für Personen. Aber diese Abteilung für res schwebt sehr in der Luft und kommt jedenfalls rechtlich für das nomina facere gar nicht in Betracht.

Meines Erachtens hat die Entwicklung ihren Ausgang genommen vom nomen transscripticium a persona in personam. Später ist die scriptio a re in personam hinzugekommen. Auf diese Forderung übertrug man ebenfalls die Bezeichnung nomen transscripticium, obwohl sie genau genommen gar nicht paßte. Derartiges kommt ja auch sonst vor. Interdictum heißt z. B. Verbot, der Ausdruck ist aber später auf die jüngeren Gebote des Prätors (exhibeas, restituas) übertragen worden.

33. Das nomen arcarium in seinem Verhältnis zum mutuum. III, 131. 132.

Das Wesen des nomen transscripticium besteht darin, daß etwas als expensum gebucht wird, obwohl ein Auswägen, Auszahlen gar nicht stattgefunden hat. Es tritt in Gegensatz zum nomen arcarium, wo ein wirkliches expensum vorliegt.

Unter den Beispielen des a re in personam ist in den Texten, wie er von den bisherigen Herausgebern gestaltet, das mutuum nicht mitaufgeführt. Meines Erachtens ist das m̅ in III, 129 als mutuum zu nehmen. Auf alle Fälle handelt es sich hier um ein fingiertes Darlehn, wo ein Auszahlen nicht stattgefunden hat. Damit stimmt nun wieder nicht überein Theoph. pr. de litt. obl. III, 21, der das δάνεισμα allgemein neben ἀγορασία und μίσθωσις aufführt. Ich möchte Theophilus nicht leichthin eines Irrtums zeihen. Wir müssen uns die Entwicklung des mutuum vergegenwärtigen.

1. Das einfache mutuum war von Haus aus nicht klagbar. Ein klagbares Darlehn entstand ursprünglich nur durch nexum. Dann kam hinzu das nomen arcarium. Auch hier entstand zunächst die Klagbarkeit erst durch Eintragung in das Buch.

Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 112 Anm. 1 hält freilich die expensi latio für jünger als den durch formloses Hingeben entstehenden Rechtsgrund: das Bezeugende könne nicht wohl mehr wirken als das Bezeugte selber. Das ist meines Erachtens ein Fehlschluß. Selbstverständlich konnte ein nomen arcarium nicht eher richtig gebucht werden, als die Zahlung des Geldes stattgefunden hatte. Aber die Zahlung braucht darum noch keine Verbindlichkeit zu erzeugen. Und die Rechtsordnung wird doch eher Veranlassung gehabt haben, den zu schützen, der seine Darlehne sorgfältig buchte, als den, der jegliche Buchung unterließ.

2. Später ist allerdings das einfache mutuum klagbar geworden. Und zwar haben wir für diese Klagbarkeit schon ein Zeugnis von Cicero in dessen Rede pro Rosc. Am. 4, 18: adnumerasse sese negat. Damit wäre nach Gajus § 132 folgender Zustand geschaffen: non ipso nomine sed numeratione pecuniae obligantur. Es wäre aber doch auch möglich, daß neben einem klagbaren mutuum durch Eintrag ein Litteralkontrakt entstand, ganz abgesehen von der Novationsmöglichkeit, die hier vielleicht auszuscheiden ist: siehe Karlowa

S. 753. Schon Wendt in Jherings Jahrb. Bd. 28 S. 5 leiht dem Gedanken Worte: daß die Unterscheidung der nomina arcaria und transscripticia erst einer späteren Abschwächung ihre Entstehung verdankt.

Bei diesem formlosen klagbaren Darlehn hat man nun lange an der Vorstellung festgehalten: es muß ein wirkliches Zahlen stattgefunden haben von dem künftigen Darlehnsgläubiger an den künftigen Darlehnsschuldner. Der Begriff mutuum deckt sich also vollkommen mit dem nomen arcarium. Und diese Uebereinstimmung mit der Buchung können wir gleichzeitig als eine Erklärung dafür ansehen, daß man erst verhältnismäßig spät beim mutuum die alte enge Auffassung preisgab.

3. Schließlich ist dann aber doch eine Entwicklung eingetreten. Ulp. fr. 15 de reb. cred. 12, 1: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. Und vor Ulpian spricht schon African. fr. 34 pr. mand. 17, 1 in dieser Beziehung von einem benigne receptum est. Der Grundfall des nomen transscripticium a persona in personam wird also jetzt vom mutuum miterfaßt. Der Begriff des nomen arcarium deckt sich nicht mehr mit dem des mutuum.

Weiter heißt es in der angeführten Stelle: quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et conuenerit, ut crediti nomine eam retineas, uidetur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Hier greift das mutuum auch ein in die nomina transscripticia a re in personam. Zur Klagerzeugung bedarf es keines Eintrags mehr.

Ob man beim Mandate stehen blieb? Als Beispiel wird dasselbe von Gajus § 129 nicht mitgenannt. Aber die Begründung bei Ulpian paßt doch ebenso gut auf Kauf, Miete, Gesellschaft.

Afrikan fr. 34 pr. mand. 17, 1 war noch anderer Ansicht. Es heißt bei ihm: alioquin dicendum ex omni con-

tractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Freilich stoßen wir hier auf ein Versuchsfeld von Vereinigungskünsten, denen auch Huschke, Darlehn S. 60 flg. nicht fern geblieben. Diese sowie die vielen damit zusammenhängenden Streitfragen berühre ich nicht weiter.

4. Ich greife wieder zurück auf Theophilus. Wenn das mutuum eindringt in das nomen transscripticium a persona in personam, wie das nomen transscripticium a re in personam, so wäre doch auch eine Entwicklung möglich, die den ursprünglichen Fall des mutuum ebenfalls dem nomen transscripticium a re in personam eingereiht hätte.

Es kommt hinzu, daß sich das nomen arcarium außer bei Gajus nirgends findet, weder in der juristischen noch in der nichtjuristischen Litteratur. Es könnte also dieser Kunstausdruck bald verschwunden sein.

V. I. R. I, 492 wird nur Gajus angeführt, und Thes. L. L. II, 438 daneben verwiesen auf Corp. Gl. II, 24 Zle 48 arcaria trapeζητικά.

Weiter sind zu beachten die vielen Fehler, welche die vom nomen arcarium handelnden Paragraphen darbieten. Sie machen den Eindruck, als ob dieser Gegenstand beim Unterricht später überschlagen wäre. Eine ähnliche Erscheinung ist uns schon Bd. 2 Abt. 2 S. 432 entgegengetreten.

5. Die Entwicklung stelle ich mir in dieser Weise vor.

Unsern Ausgang haben wir zu nehmen vom nomen arcarium. Zur Begründung eines klagbaren Darlehns genügt nicht das bloße Hinzahlen, es muß hinzukommen der Eintrag ins Buch. Insofern beruht das nomen arcarium auf einem Litteralkontrakte.

Einen Gegensatz dazu bildet das nomen transscriptum bzw. transscripticium a persona in personam. Hier genügt die bloße Umschreibung, insofern können wir von einem reinen Litteralkontrakte sprechen.

Später wird das bloße mutuum klagbar. Sollte jetzt das nomen arcarium sofort seine Eigenschaft als Litteralkontrakt

verloren haben? Mir ist das höchst zweifelhaft, obwohl Gajus sich die Sache so vorstellt.

Aber Gajus scheint schon für das nomen arcarium kein Verständnis mehr gehabt zu haben. Jedenfalls leidet seine Darstellung an einem innern Widerspruche. Einmal sollen die arcaria nomina bloße Beweisurkunden sein, von denen es heißt: obligationis factae testimonium praebere. Sodann wird die Frage aufgeworfen, ob die Peregrinen durch arcaria nomina verpflichtet würden. Antwort: sie werden verpflichtet, denn die Verpflichtung entsteht ja durch Zahlung des Geldes. Es hätte heißen müssen: sie können ebensowenig wie römische Bürger durch bloße Beweisurkunden verpflichtet werden.

Beruhten aber die arcaria nomina nicht bloß auf Realkontrakt, sondern zugleich auf Litteralkontrakt, so hatte allerdings die Regel, in die Gajus sich nicht zu finden wußte, ihren guten Sinn: arcaris nominibus etiam peregrinos obligari.

Das klagbare mutuum geht zunächst mit dem arcarium nomen Hand in Hand: es bedarf der wirklichen Auszahlung. Daneben entwickelt sich ein anderer Litteralkontrakt, a re in personam scriptio fit, wo eine Schuld aus Kauf, Miete, Gesellschaft durch nuda pactio in ein Darlehn verwandelt, si id quod mutuum ex emptionis causa . . mihi debeas, und dann als expensum gebucht wird.

Derartige fingierte Darlehne kennt schon das altgriechische Recht: vgl. Rabel, Z. R. G. Bd. 41 S. 319 flg.; Mitteis, Grundzüge S. 116 flg., Chrestomathie S. 245 flg. Es ist wohl möglich, daß das römische Recht in dieser Beziehung vom griechischen beeinflußt wurde. Damit wäre zugleich erklärt, wie Sabinus und Cassius zu dem Satze gelangten: si a re in personam fiat nomen transscripticium etiam peregrinos obligari. Freilich die nuda pactio genügte zunächst allein nicht, um eine klagbare Obligation zu erzeugen; es mußte Eintragung ins Darlehnsbuch hinzukommen.

So haben wir denn jetzt zwei verschiedene Buchungen: teils wird ein wirklich gezahltes Darlehn gebucht, teils ein

fingiertes. Dem arcarium nomen konnte sich anschließen eine transscriptio a persona in personam. Ob auch dem fingierten Darlehn? Zunächst vielleicht nicht.

Sobald man aber anfing, das fingierte Darlehn auf gleiche Stufe zu stellen mit dem ausgezahlten, hatte es keinen Sinn mehr, das Kassendarlehn besonders hervorzuheben. Und daß sich diese Entwicklung vollzogen hat, dafür spricht das Verschwinden des arcarium nomen.

Wenn ferner ein fingiertes Darlehn als Grundlage der Buchung ausreichte, so mußte auch ein wirkliches Darlehn genügen, das einmal in früherer Zeit gezahlt war. So hat es denn nichts Auffallendes mehr, wenn Theophilus neben Kauf- und Mietschuld das Darlehn stellt.

34. Chirographum und Syngraphe. III, 134.

Eine eingehende Betrachtung ist dem Chirographum und der Syngraphe schon zuteil geworden von Gneist, Die formellen Verträge, 1845, S. 321 flg. und Heimbach, Creditum, 1849, S. 508 flg.

Seitdem hat sich freilich das Quellenmaterial sehr erweitert, insonderheit durch die vielen Papyrusurkunden, die in Aegypten zutage getreten. Diese sind von Mitteis mitherangezogen: siehe dessen Reichsrecht S. 459 flg.; Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 290 flg.; Grundzüge S. 55. 72.

Ich kann auf die vielen Fragen und Streitfragen, zu denen das weitschichtige, immer noch anwachsende neue Urkundenmaterial Veranlassung gibt, hier nicht näher eingehen und muß mir im allgemeinen Beschränkung auferlegen. Die Hauptsache ist für mich die Gajusstelle, bei deren Betrachtung ich freilich auch die Papyrusurkunden nicht ganz beiseite lassen darf.

I. Die Gajusstelle und ihr Verhältnis zu andern Stellen.

1. Gneist S. 385. 506 nimmt auf Grund des fieri uidetur nur einen Quasi-Litteralkontrakt an. Videtur esse werde wohl mit Ciceronianischer Urbanität für est gebraucht: ‚daß an

diese Feinheit indessen in einer Stelle des Gajus nicht zu denken ist'.

Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten S. 70 glaubt das uidetur daraus erklären zu können: daß diese Art der Litteralobligation eigentlich gar nicht in den Zusammenhang gehörte, da Gajus ja das römische Recht vortragen will.

Indessen fieri uidetur ist nichts weiter als ein etwas vollerer Ausdruck für fit: Rtsgel. Gaj. S. 63. Jedenfalls ist daran nicht zu zweifeln, daß nach der Ansicht von Gajus durch Chirographum wie Syngraphe Litteralobligationen begründet werden können, allerdings nur von Peregrinen. Gajus spricht ja ausdrücklich von einem genus obligationis.

Chirographum und Syngraphe sind Urkunden. Damit ist die Schriftlichkeit als ein Erfordernis hingestellt. Dies liegt auch schon in der Bezeichnung litterarum obligatio.

Andererseits bemerkt Rabel, Z. R. G. Bd. 41 S. 339 mit Recht: 'Abstrakte Geschäfte schließt man überhaupt nicht mündlich'.

Was den Inhalt dieses Litteralkontraktes anbetrifft, so nennt Gajus als Beispiele: die Anerkennung einer Schuld und das Zahlungsversprechen, si quis debere se aut daturum se scribat. Beiderlei Litteralkontrakte konnten demnach sowohl durch Chirographum wie Syngraphe begründet werden: chirographis et syngrafis. Ob subjektive oder objektive Fassung, wird keinen Unterschied gemacht haben. Das si quis debere se scribat entspricht der griechischen ὁμολογία, mochte sie nun auf ὁμολογῶ oder ὁμολογεῖ lauten: vgl. Mitteis, Grundzüge S. 73.

2. Die Anerkennung einer Schuld mittels Syngraphe tritt uns in einem besondern Beispiele entgegen unterm Jahre 359 bei Ammianus 18, 5 §§ 1. 2. Ein gewisser Antoninus, vorher wohlhabender Kaufmann, dann Rechnungsbeamter beim Statthalter von Mesopotamien, rationarius apparitor Mesopotamiae ducis, zuletzt bei der Leibgarde angestellt, tunc protector, war durch die Geldgier Gewisser mit sehr großen Nachteilen

verknüpft worden: auiditate quorundam nexus ingentibus damnis. Das heißt wohl: Antoninus hatte Geld ausgeliehen, das wiederzuerlangen Schwierigkeiten machte. Wollte er klagen, so mußte er sich sagen, daß gegen Hochstehende nicht immer Recht zu erlangen sei: cum iurgando contra potentes se magis magisque iniustitia frangi contemplaretur. Die Richter neigten dazu, ihre Gunst mehr den Mächtigeren zuzuwenden: ad deferendam potioribus gratiam qui spectabant negotium inclinatis; vor qui ist wohl iis zu ergänzen. Antoninus zog es daher vor, mildere Saiten anzuziehen: flexit se in blanditias molliores. Und dieser mildere Weg findet seinen Ausdruck in den Worten: confessusque debitum per conludia in nomen fisci translatum. Antoninus erkennt also eine Schuld an für eine Forderung des Fiskus. Das werden wir so zu verstehen haben. Die Gelder, die Antoninus ausgeliehen hatte, werden zum großen Teil fiskalische Gelder gewesen sein, für die zunächst die wirklichen Schuldner aufkommen mußten. Statt aber diese anzugreifen, tritt vielmehr Antoninus in die Schuld ein. Dies geschieht per conludia. Es wird also in den Büchern des Fiskus gebucht sein, daß die Schuldner des Fiskus wirklich gezahlt hätten, und Antoninus sich zu diesen Schulden bekannt haben, als hätte er das Geld wirklich erhalten.

Antoninus konnte sich vorstellen, daß die Schuldner jetzt eher freiwillig zahlen würden: so wird die Sache wenigstens zunächst dargestellt. Einmal erwies er ihnen eine Gefälligkeit, indem er ihnen ihre Schuld gegen den Fiskus abnahm. Sodann mußten die Schuldner sich sagen, daß Antoninus jetzt in erster Reihe dem Fiskus hafte, und es doch unanständig wäre, ihn in Stich zu lassen. An sich wird Antoninus auch für das Ausleihen verantwortlich gewesen sein, aber doch erst nachdem die Klage gegen die wirklichen Schuldner keinen Erfolg gehabt hatte. Durch die Schuldübernahme des Antoninus hat sich die Sachlage umgekehrt. Zuerst haftet Antoninus, der seinen Rückgriff dann an den wirklichen Schuldnern nehmen mag.

Es wäre demnach ein ganz ähnlicher Vorgang wie beim nomen transscriptum a persona in personam. Die Schuld der Hochstehenden wird als eingegangen gebucht, also als acceptum, dafür tritt dann aber Antoninus als Schuldner ein, das dem expensum entspräche. Was aber beim nomen transscriptum eine regelrechte Erscheinung, wird hier als conludium aufgefaßt.

Insgeheim sinnt jedoch Antoninus auf Abfall von den Römern und Uebergang zu Sapor, dem König von Persien. Die Sache eilt, da der Zahlungstermin schon naht und der largitionum comes — siehe über denselben Hirschfeld, Verwaltungsbeamte[2] S. 39 Anm. 2 — stärker drängt. Es heißt in bezug auf den Zahlungstermin: adlapsuro iam praestituto die soluendae pecuniae, quam per syngrapham debere se confiteri ui metuque conpulsus est. Hier wird einmal die Urkunde ausdrücklich Syngraphe genannt. Sodann gewinnen wir ein etwas drastischeres Bild von dem Hergang: Antoninus ist zur Ausstellung der Urkunde gezwungen worden.

3. Eine andere wichtige Stelle findet sich bei Pseudo-Asconius in seinem Verrinen-Kommentar zu II, 1, 36 § 91 syngraphas fecerat. Hier heißt es (B. 184): Inter syngraphas et caetera chirographa hoc interest, quod in caeteris tantum quae gesta sunt scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem ueritatis pactio uenit; et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata pro temporaria uoluntate hominum scribi solent more institutoque Graecorum.

Ueber den Kommentar des Pseudo-Asconius im allgemeinen wird bei Teuffel[6] Bd. 2 § 295 unter 3 S. 246 folgendermaßen geurteilt: 'Es handelt sich um eine Kompilation von Randscholien und Glossen, der wohl ein einheitlicher, aber mit mancherlei Zutaten versehener Schulkommentar . . zugrunde liegt'.

Der Scholiast unterscheidet zwischen syngraphae und den übrigen chirographa. Er nimmt also chirographum in einem

doppelten Sinne: in einem weitern umfaßt es mit die syngraphae, in einem engern bildet es dazu einen Gegensatz.

In der Vorlage des Scholiasten könnten die caetera chirographa näher beschrieben gewesen sein. Hier wird nur auf einen Gegensatz in inhaltlicher Beziehung aufmerksam gemacht: bei den caetera chirographa werde lediglich das wirklich Geschehene, Verhandelte, quae gesta sunt, niedergeschrieben; in den syngraphae finde auch eine Vereinbarung Platz, welche gegen die Wahrheit verstoße, contra fidem ueritatis. Auf die Bedeutung dieses Gegensatzes hat bereits Mitteis, Reichsrecht S. 468 flg. hingewiesen und ganz richtig das contra fidem ueritatis mit dem abstrakten Litteralvertrag in Verbindung gebracht.

Wenn aber Mitteis S. 484 mit andern einen Widerspruch zwischen Gajus und Pseudo-Asconius behauptet, so bedarf die Frage doch wohl näherer Prüfung. Nach Mitteis soll Pseudo-Asconius die Syngraphe als alleinigen Formalvertrag dem Chirographum, der bloßen Beweisurkunde, entgegenstellen. Ist das richtig?

Pseudo-Asconius sagt doch nur, daß die Vereinbarung, welche gegen die Wahrheit verstoße, auch in der Syngraphe Platz finde. Es bleiben noch übrig die Vereinbarungen, welche der Wahrheit entsprechen, die ebenfalls einen abstrakten Litteralvertrag zulassen. Vgl. c. 6 de den. C. Th. 2, 4 vom Jahre 406: Si quis debiti, quod ex fenore uel mutuo data pecunia sumpsit exordium uel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est.

Ein Vorläufer dieser Stelle ist c. 3 ebenda vom Jahre 371, vgl. Gneist S. 381. In dieser c. 3 heißt es: Exigendae denuntiationis locus non est, cum quis ad luendum debitum euidenti chirografo conuenitur.

Hiernach bewirkte ein euidens chirographum Befreiung von der Litisdenuntiatio. Diese Befreiung soll stattfinden nach der angeführten c. 6, wenn eine litterarum obligatio sich anlehnt an einen wirklichen Schuldgrund. Demnach werden wir

diesem chirographum die Kraft beimessen können, eine litterarum obligatio zu erzeugen. Dabei mag ununtersucht bleiben, ob das euidens chirographum in einem weitern oder engern Sinne zu verstehen ist.

Pseudo-Asconius stellt nicht, wie Mitteis meint, die Behauptung auf: daß die Syngraphe allein den Formalvertrag erzeuge, und das Chirographum lediglich Beweisurkunde sei. Vielmehr beansprucht Pseudo-Asconius die Syngraphe ausschließlich bloß für den Fall, wenn der Inhalt der Wahrheit nicht entspricht. Entspricht der Inhalt der Wahrheit, so kann ein Litteralkontrakt sowohl durch Syngraphe wie Chirographum ins Leben gerufen worden. Also liegt kein Widerspruch mit Gajus vor.

Schwankend benimmt sich diesen Fragen gegenüber Girard-von Mayr S. 545 Anm. 1.

Beide Arten von Litteralkontrakten befreiten in späterer Zeit von der Litisdenuntiation. Der auf dem Chirographum beruhende Litteralkontrakt ließ sich aber vermutlich entkräften durch den Gegenbeweis, daß sein Inhalt nicht richtig sei; wenn es überhaupt an sich schon als vollbeweisend betrachtet wäre. Ich werde hierauf noch zurückkommen müssen: siehe unten unter II, 7. Ein solcher Gegenbeweis wird der Syngraphe gegenüber nicht zulässig gewesen sein.

Ein Beispiel einer derartigen Syngraphe hat uns bereits Ammian 18, 5 § 2 geliefert. Es handelt sich hier um falsche Anerkennung einer Schuld, es spielen dabei conludia, trotzdem kommt der neue Schuldner Antoninus sehr in Bedrängnis.

Ein anderes Beispiel bringt der Pseudo-Asconius (B. 184). In einer Syngraphe behauptet jemand eine bestimmte Summe Geld ausbezahlt erhalten zu haben, während er in Wahrheit gar nichts oder weniger bekam. Pro temporaria uoluntate hominum, gemäß dem zeitlichen Willen der Menschen: er will es jetzt schon als gezahlt annehmen, obwohl er es erst später erhalten soll. Also ein Empfangsbekenntnis, vermutlich über ein Darlehn, in Erwartung einer künftigen Zahlung.

Gegen eine Klage auf Grund einer solchen Syngraphe war keine Einrede zulässig, der Peregrine mußte zahlen.

Diesen Satz scheint mir der Zusammenhang an die Hand zu geben. Denn wenn es bei den Peregrinen zwei Litteralkontrakte mit verschiedenen Voraussetzungen gab, werden auch die Wirkungen verschiedene gewesen sein.

4. Diese Auffassung dürfte dann der römischen Urkunde, und zwar der Stipulationsurkunde, in der Weise angepaßt sein, daß eine solche Behandlung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist eintrat: legitimum tempus. annus, quinquennium, biennium. Vgl. c. 8 § 2 de non num. pec. C. I. 4, 30 vom Jahre 228; ex corpore Hermogeniani I, 1 vom Jahre 294; c. 14 pr. 4, 30 vom Jahre 528; tit. I. I. III, 21. Vor Ablauf dieser Frist konnte einer solchen Urkunde sogar alle Beweiskraft über die Zahlung genommen werden, insonderheit durch querella bzw. exceptio non numeratae pecuniae: vgl. c. 7 vom Jahre 223, c. 9 etwa vom Jahre 293, c. 14 §§ 4—6 vom Jahre 528 C. I. 4. 30.

Der Grundgedanke, daß einer Urkunde über ein erhaltenes Darlehn gegenüber der Aussteller den Nichtempfang nicht vorschützen dürfe, ginge demnach zurück auf Peregrinenrecht, während die Hinzufügung der Zeitbestimmung für die querella bzw. exceptio non numeratae pecuniae als kaiserliche Einschränkung zu betrachten wäre. Den Ursprung dieser Neuerung sucht Pernice, Z. R. G. Bd. 26 S. 283 im Kognitionsverfahren und lehnt S. 284 ab die unmittelbare Einwirkung peregriner Rechtseinrichtungen, die aber daneben doch sehr wohl bestehen könnte.

Frese, Aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben S. 24 Anm. 80 bemerkt: 'Diese Umkehrung der Beweislast hat sich meines Erachtens nicht schon bei der Einführung der exceptio non numeratae pecuniae vollzogen, sondern ist erst ein Produkt der späten Kaiserzeit, wenn nicht gar eine Schöpfung der Kompilatoren'.

Wichtiger ist vielleicht ein anderer Punkt: daß nämlich

die querela bzw. exceptio non numeratae pecuniae ursprünglich eine Stipulationsurkunde zur Voraussetzung hatte. Es bleibt daher zunächst offene Frage, wie wir uns das Verhältnis dieser Stipulationsurkunde zur Syngraphe und dem Chirographum vorzustellen haben. Davon werde ich Erkl. 35 näher handeln.

Andererseits will ich die Möglichkeit keineswegs für alle Zeiten in Abrede nehmen: daß man nicht auch in den Provinzen gegen die Syngraphe in ähnlicher Weise hätte vorgehen können. Dies nimmt z. B. an Mitteis, Reichsrt. S. 481 auf Grund von Cic. ad Att. 6, 1 § 15. Es bleibt aber immerhin fraglich: ob die Einrede, über welche Cicero dort berichtet, mit den Syngraphen in Verbindung zu bringen ist. Ferner handelt es sich hier, vom Standpunkte der querella bezw. exceptio non numeratae pecuniae aus, um eine längst verflossene Vergangenheit.

5. Am Schlusse sind beim Pseudo-Asconius kurze Bemerkungen über Aufbewahrung der Urkunden hinzugefügt. Der Text lautet bei Baiter S. 184: Et caeterae tabulae ab una parte seruari solent: syngraphen utriusque manu [signatam] utrique parti seruandam tradunt.

Demgemäß behauptet Mitteis, Reichsrt. S. 468: daß die Syngraphe von beiden Teilen versiegelt und von einem gemeinsamen Vertrauensmann verwahrt wurde. Nach R. von Mayr, R. R.G. II, 2, Privatrecht II S. 41 wirkte die Syngraphe vertragbegründend, 'wenn sich ein Exemplar des Schuldscheines in der Hand des Gläubigers, ein zweites in der Hand des Schuldners befand, und eine dritte von beiden Parteien mit ihrem Siegel versehene Ausfertigung bei einem Dritten hinterlegt war'.

Jedenfalls wird mit den caeterae tabulae auf die Chirographen im engern Sinne hingewiesen. Diese wurden von einem Teile, vermutlich regelmäßig dem Gläubiger, aufbewahrt. Das utriusque manu bzw. utrique parti sollen dazu den Gegensatz bilden. Damit können doch nur die beiden den

Vertrag schließenden Teile gemeint sein. Von einer dritten Vertrauensperson ist nichts gesagt.

Ferner beruht das dem syngraphen angepaßte signatam auf bloßer Vermutung. Dasselbe gilt von den syngraphae signatae in ältern Ausgaben. Schon Heimbach S. 518 hat sich demgemäß dahin ausgesprochen, daß diese Siegelung 'keinen Anspruch auf Berücksichtigung haben kann'.

Allerdings kam es häufig genug vor, daß die Vertragschließenden die Urkunde versiegelten. Das geschah indes, um den Inhalt gegen Verfälschung zu schützen. Vgl. Gneist S. 448 flg.; Lipsius, Das Attische Recht S. 686 flg. Zwar begegneten wir schon bei Ps.-Asc. zu Cic. in Verr. 2, 1 § 60 (Baiter S. 175) obsignandis literis reorum. Sie sollen das römische Darlehnsbuch verdrängt haben: siehe darüber Erkl. 29 unter 8. Diese Siegelung ließe sich aber sehr füglich auf den Verkehr unter Römern beschränken, brauchte darum noch nicht für Peregrinen zuzutreffen.

Ganz in Ordnung ist der Text bei Baiter S. 184 freilich nicht. In dieser Beziehung mag noch erwähnt werden die Lesart der ed. princ.: syngraphe neutriusque manu. Ferner hat der cod. Leidensis bei Kießling und Schoell S. 96: syngraphe ne utriusque manu utrique parti seruandū.

Wie dieser Text zu heilen, wäre gewiß keine leichte Aufgabe. Ob wir aber mit fremdartigen Zusätzen weiterkommen, ist mindestens fraglich. Es scheint doch folgender Grundgedanke durchzublicken. Ein einfacher Handschein in der Hand des Gläubigers hat wenig Wert; ganz anders verhält es sich mit einer doppelt ausgefertigten Urkunde, die einer dem andern überreicht und von jedem der beiden Vertragschließenden aufbewahrt wird: durch Uebereinstimmung beider Schriftstücke läßt sich allerdings schon ein Beweis führen.

Demgemäß gelangen wir hier zu folgender Unterscheidung zwischen Chirographum und Syngraphe: das Chirographum wird einfach, die Syngraphe doppelt bzw. mehrfach ausgefertigt.

Auf diesen Gegensatz zwischen einfachem Schuldschein und Syngraphe dürfte ebenfalls hinweisen Corp. gloss. Lat. IV, 395, 32: Syngraphum multorum scriptio uel caucio.

Vielleicht verdient die Stelle des Pseudo-Asconius auch nach dieser Richtung hin mehr Beachtung, als ihr bisher zuteil geworden ist.

II. Die Papyrusurkunden.

1. Bei den gräko-ägyptischen Papyrusurkunden nimmt Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 307 seinen Ausgang von den objektiv gefaßten, unter Zuziehung von Zeugen errichteten Privaturkunden.

Ihnen reiht er an die agoranomischen Protokolle. Auch dies sind Objektivurkunden; nur liegt die Beglaubigung nicht in der Zuziehung privater Zeugen, sondern erfolgt durch den Agoranomen oder seinen Vertreter.

Für alle objektiven Vertragsurkunden ist nach Mitteis der Ausdruck συγγραφή üblich.

Mit einer derartigen Beurkundung sind wir freilich noch nicht beim Litteralkontrakte angelangt. Insonderheit spricht die objektive Fassung mehr für Bezeugung eines Herganges. Das ergäbe eine Beweisurkunde. So wären wir denn vor die Frage gestellt: wie mag aus solcher Beweisurkunde der Litteralkontrakt hervorgegangen sein?

2. Nach Freundt, Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Rechte Bd. 1 S. 28 flg., wie ich entnehme Partsch, Z. H.R. Bd. 70 S. 445, wäre der griechische Litteralvertrag, von dem Gajus III, 134 spricht, so entstanden: 'In die Urkundenerrichtung sei der Vertragsabschluß allmählich erst dann hineinverlegt worden, als im Rechtsverkehr die Urkundenerrichtung vor dem beamteten Notar, in Aegypten vor den Agoranomen üblich geworden'.

Demgegenüber glaubt Partsch S. 446 daran festhalten zu müssen: 'daß schon in Gestalt der altgriechischen Berichtsurkunden . . echte Dispositivurkunden möglich waren'. Er ver-

weist auf die Ausführungen in seinem Griech. Bürgschaftsrt. Bd. 1 S. 149. 156 flg.

Im Hintergrunde stehen hier die Untersuchungen von Mitteis in dessen Reichsrecht S. 469 flg. über das Darlehn der Nikareta. Die auf dieses Darlehn bezüglichen Urkunden sind inzwischen 1892 neu herausgegeben von Dittenberger, zum Teil in berichtigter Gestalt, I. G. VII (= I. G. Sept. I) n. 3172. Der Tatbestand ist nach Rabel, Z. R. G. Bd. 41 S. 323 flg. und Partsch, Bürgschaftsrt. Bd. 1 S. 155 flg. 369 flg. der nachstehende.

Die Darlehnsschuld der Stadt Orchomenos in Böotien aus den Jahren 222—200 v. Chr. an die Nikareta aus Thespiä belief sich in Gemäßheit von Verzugsurkunden (οὐπεραμερίαι), die abschriftlich entnommen waren dem Register der Τεθμοφύλακες von Thespiä — das sind (nach Gilbert, Griech. Staatsaltert. Bd. 2 S. 62; Simon, Wiener Studien Bd. 12 S. 73) Beamte, welche Darlehne zu verzeichnen hatten — auf 17 585 Drachmen 2 Obolen und muß durch weitere Säumnis noch höher gestiegen sein.

Spätestens im neunten Monat, Panamos, des Jahres, das für die Inschrift in Betracht kommt, begab sich Nikareta nach Orchomenos und betrieb die Zwangsvollstreckung. Was sie erreichte, wird uns Zle 147 flg. näher angegeben. Die Polemarchen und der Schatzmeister waren gezwungen, mit Zustimmung des Volkes gegen sich selbst eine συγγραφή auszustellen neben der vorhandenen Verzugsurkunde, πότ τῆ οὐπαρχώση οὐπεραμερίη, für so lange, bis die betreffende Umlage eingezogen und das bewilligte Geld eingegangen sein würde.

Man beachte 'gegen sich selbst': also keine Verpflichtung der Gemeinde der Gläubigerin gegenüber; 'neben der vorhandenen Verzugsurkunde': damit wird hingewiesen auf den Umfang des Darlehns; 'bis das bewilligte Geld eingegangen sein würde': dann bezahlt die Gemeinde und befreit auf diese Weise die aus der συγγραφή Verpflichteten.

Diese συγγραφή ist uns VI (A) Zle 1—45 der Inschrift

erhalten. Danach hat die Nikareta den drei Polemarchen der Stadt wie dem Schatzmeister und den Bürgen, ἐγγύοις εἰς ἔκτεισιν τοῦ δανείου, ein Darlehn von 18333 Drachmen gewährt: Ἐδάνεισεν Νικαρέτα; das sie zurückzahlen sollen am Panböotienfest, d. i. im 10. Monat: Ἀποδότωσαν δὲ τὸ δάνειον οἱ δανεισάμενοι ἢ οἱ ἔγγυοι.

Dieser Zahlungstermin ist dann wieder abgeändert durch eine andere Schuldurkunde, die ὁμολογά, welche dieselben drei Polemarchen namens der Stadt im 9. Monat, Panamos, ausstellten: VII Zle 123 flg. Sie versprachen hierin den ebenfalls auf 18333 Drachmen festgesetzten Betrag der ὑπερημερίαι für den 12. Monat, Alalkomenios.

Die Nikareta bekam ihr Geld aber erst im 13. Monat, Alalkomenios II, ohne weiteren Zuschlag; und zwar erfolgte die Zahlung seitens der Gemeinde.

Eine nähere Betrachtung erfordert zunächst die συγγραφή. Nach Mitteis, Reichsrt. S. 471 seien gleich die ersten Worte Ἐδάνεισεν Νικαρέτα nur äußere Form, die Schrift verpflichtete contra fidem ueritatis. Und schon vor ihm hatte sich Goldschmidt, Z. R. G. Bd. 23 S. 366 dahin ausgesprochen: 'es wird die Hingabe des vereinbarten (fälligen) Schuldbetrages als Darlehn fingiert'.

Daneben hält es Mitteis S. 483—484 für wohl möglich: 'daß die griechische Praxis auch aus anderweitigen schriftlichen Zahlungsversprechen . ., die nicht in die Form ἐδάνεισεν ὁ δεῖνα gefaßt waren, eine Klage gab, wobei die Schrift nicht durch einfachen Gegenbeweis entkräftet werden konnte'.

Dieser Auffassung schließt sich dann wieder Partsch, Bürgschaftsrecht S. 149. 150 in der Weise an, daß er auf die κυρία-Klausel zurückgeht. Er erblickt in dieser Klausel 'die ausdrückliche Vereinbarung der Parteien, daß der Urkundeninhalt allein maßgeblich sein . . solle'.

3. Mir ist zweifelhaft, ob wir es überhaupt nötig haben, in dieser Weise nach allgemeinen Gesichtspunkten zu suchen. Der römische Litteralvertrag hat sich aus dem Darlehnsgeschäft

entwickelt: siehe Erkl. 29 unter 9; ähnlich hat sich die Sache vielleicht bei den Griechen zugetragen.

Auf alle Fälle handelt es sich in den Nikaretaakten um einen Fall, der die Stellvertretung mitberührt; hierauf hat bereits Partsch, Bürgschaftsrt. Bd. 1 S. 369. 370 hingewiesen. Wir werden uns demnach um die Stellvertretung mitbekümmern müssen.

Mit der Stellvertretung der römischen Gemeinde habe ich mich bereits eingehend beschäftigt Soc. publ. S. 311 flg. Was insonderheit das Darlehn anbetrifft, so wurde die Gemeinde erst dann verpflichtet, wenn das Geld in ihren Nutzen verwandt worden. Ein Beamter, welcher im Namen der Gemeinde ein Darlehn entgegennahm, verpflichtete zunächst nur sich selber. Insofern liegt also mittelbare Stellvertretung vor, die aber durch Verwendung zugunsten der Gemeinde in eine unmittelbare verwandelt werden konnte. Vgl. Ulp. fr. 27 de reb. cred. 12, 1 und dazu Soc. publ. S. 361 flg. 483. 490. 491.

Dem römischen Geschäftsstil würde es entsprochen haben, wenn der Gemeindebeamte die Rückzahlung stipulationsweise versprochen hätte und über die Stipulation eine Urkunde ausgestellt wäre. Andererseits wird das Darlehn, welches zur Gemeindekasse floß, vom Kassenverwalter gebucht sein. So haben wir denn eine zweifache Beurkundung, die nebeneinander besteht.

Mit einer doppelten Beurkundung haben wir es nun auch in den Nikareta-Akten zu tun. Für die Verzugsurkunden kommen die Τεθμοφύλακες in Thespiä in Betracht. Das sind wohl Hüter von Rechtsgewohnheiten. Vgl. über τεθμοί Hirzel, Themis S. 337. 345. 365. Wir werden schließen können, daß die Folgen des Verzuges am Wohnorte des Gläubigers festgestellt werden mußten. Was durch den Verzug hinzukam, ist in der Syngraphe gleichfalls in ein Darlehn verwandelt worden, so daß wir den Verzugsurkunden entsprechend ein Darlehn von 18 333 Drachmen erhalten.

Wie steht es um die Fiktion dieses Darlehns?

Schon die erste Syngraphe der Polemarchen und des Schatzmeisters könnte mit einem 'Εδάνεισεν Νικαρέτα begonnen und der Schatzmeister dieses Darlehn gleich für die Gemeinde in Empfang genommen haben. Aber ebensowenig wie in Rom gab es damals in Orchomenos bei Aufnahme eines Darlehns eine unmittelbare Vertretung der Gemeinde durch ihre Beamten: siehe Partsch, Bürgschaftsrt. Bd. 1 S. 357 Anm. 6. Die persönliche Haftung der Magistratspersonen beruht demnach in erster Linie auf dem Mangel einer unmittelbaren Stellvertretung.

Mir ist sogar zweifelhaft, ob die Stadt Orchomenos von einer Privatperson aus Thespiä überhaupt verklagt werden konnte. Die Τεθμοφύλακες in Thespiä stellen allerdings die Verzugsfolgen fest. Dem wird zugrunde liegen eine Feststellung der Kapitalschuld. Indem nun die Τεθμοφύλακες die Verzugszinsen zum Kapital schlagen, erhöhen sie die Darlehnsschuld der Stadt Orchomenos. Es wird aber vom guten Willen der Gemeindevertretung abhängig gewesen sein: ob diese Schuld von Gemeinde wegen bezahlt werden solle oder nicht. Schon Czanto, Wiener Studien Bd. 7 S. 243 bemerkt mit Recht: 'Der Vertrag für sich allein begründet kein Klagerecht'. Dasselbe gilt meines Erachtens aber auch von den Hyperameriai. Die Nikareta, welche sich nach Orchomenos begab, um die Zwangsvollstreckung zu betreiben, begnügt sich ja auch mit einer Schuldverschreibung, in der sich Magistratspersonen und Bürgen persönlich verpflichtet haben. Das geschieht, wie Rabel sich ausdrückt: 'unter Ignorierung jeder Obligation der Stadt'.

Von einer Fiktion könnte man höchstens insofern sprechen, als die Verzugsfolgen mit in ein Darlehn umgewandelt wurden. Es ließe sich das so auffassen, als wären die Verzugsfolgen von der Stadt berichtigt und dieser das Geld als Darlehn zurückgegeben.

Andererseits stehen wir aber schon hier dem Litteralvertrage nicht ferne. Die drei Polemarchen und der Schatzmeister wie die Bürgen werden aus der Syngraphe gehaftet haben,

ohne sich darauf berufen zu können, daß das Geld nicht ihnen, sondern der Gemeinde zugute gekommen sei.

4. Den objektiv gefaßten συγγραφαί stellt Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 310 gegenüber die subjektiv stilisierten Chirographa.

Nun begegnen wir aber Oxyr. pap. X n. 1266 vom Jahre 98 nach Chr., veröffentlicht 1914, einer ἰδιόγραφος συγγραφή. Es handelt sich um die Eingabe eines Vaters, der für seinen Sohn vorläufige Zulassung zum Gymnasium begehrt. Erforderlich war eheliche Geburt: siehe Wilcken, Grundzüge S. 140. Hierfür beruft sich der Vater auf die Gültigkeit der mit Thermuthion Zle 17. 18 καθ' ἰδιόγραφον συγγραφήν abgeschlossenen Ehe.

In einer andern Urkunde Oxyr. II n. 259 = Mitteis, Chrest. n. 101 Zle 10. 11 vom Jahre 23 nach Chr. erfolgt eine Verhaftung πρὸς συγγραφὴν ἰδιόγραφον. Die Lesart stand zwar nicht ganz fest, darf aber auf Grund der neuen Urkunden wohl als gesichert angesehen werden.

Unter einer ἰδιόγραφος συγγραφή bzw. συγγραφὴ ἰδιόγραφος werden wir mit Grenfell-Hunt, Oxyr. pap. X S. 193 ein χειρόγραφον zu verstehen haben. Also eine Privaturkunde, die sich meines Erachtens von dem einfachen Handscheine vielleicht durch die doppelte Ausfertigung unterschied.

Andererseits bedingt die ἰδιόγραφος συγγραφή als Gegensatz die öffentliche Urkunde, wobei vor allen Dingen an die notarielle vom ἀγορανόμος aufgesetzte Urkunde zu denken sein wird: vgl. darüber Mitteis, Grundzüge S. 58 flg.

Χειρόγραφον und συγγραφή sind demnach keineswegs Begriffe, die sich gegenseitig ausschließen, sondern vielmehr Begriffe, die sich schneiden: eine συγγραφή kann eine öffentliche, aber auch eine Privaturkunde sein.

Diese Auffassung liegt bereits der Ausführung des Pseudo-Asconius S. 184 zugrunde, wenn es hier heißt: Inter syngraphas et caetera chirographa hoc interest. Denn wenn den syngraphae übrige chirographa entgegengesetzt werden,

so müssen andererseits noch chirographa für die syngraphae übrig bleiben.

5. Zu den Chirographa steht in enger Beziehung die δημοσίωσις. Vgl. darüber Mitteis, Grundzüge S. 82 flg.; Koschaker, Z. R. G. Bd. 42 S. 1 flg.; Partsch, Arch. f. Pap.-Forschung Bd. 5 S. 463 flg.; Jörs, Z. R. G. Bd. 47 S. 107 flg.

Nach Mitteis, Grundzüge S. 79 flg. soll dieses Verfahren an die Stelle der ἀναγραφή getreten sein. Dagegen behauptet Jörs S. 119: 'doch ist der Boden, auf dem sich diese Meinung aufbaut, ein recht unsicherer'.

Ferner soll nach Mitteis, Grundzüge S. 86 sich dieses Verfahren beschränkt haben auf die χειρόγραφα im engern Sinne. Diese Ansicht läßt sich aber angesichts Oxyr. pap. X n. 1266 Zle 18. 19 δεδημοσιωμένην in bezug auf die ἰδιόγραφος συνγραφή nicht mehr halten.

In einem Scheidungsvertrage aus dem 2. oder 3. Jahrhundert unserer Zeitrechnung, Oxyr. VI n. 906 Zle 8, wird sogar συνγραφή schlechthin gebraucht von einem Heiratsvertrage, welcher der δημοσίωσις unterlag. Dabei werden wir aber wohl eine ἰδιόγραφος συνγραφή voraussetzen dürfen: vgl. Schwarz, Hypothek S. 88 Anm. 1. Insofern wäre mit Grenfell-Hunt zu berichtigen die Darstellung bei Jörs S. 141. 142.

Ein Heiratsvertrag zwischen Bräutigam und Mutter der Braut tritt uns Oxyr. X n. 1273 vom Jahre 260 nach Chr. Zle 37 als συνγραφὴ δισσὴ γραφεῖσα entgegen. Trotz ihrer objektiven Fassung wird man diese συνγραφή mit Grenfell-Hunt S. 207 als eine Privaturkunde anzusehen haben, da sie sich Zle 38. 40 der δημοσίωσις zugänglich erweist.

Man pflegt die δημοσίωσις als Registrierung zu bezeichnen. Das ist ein etwas unbestimmter Ausdruck: vgl. Wetzell, Zivilprozeß[3] S. 433. Jedenfalls handelt es sich hier nicht bloß um ein Einzeichnen, sondern zugleich um eine Einreichung, Beglaubigung, Aufbewahrung von Urkunden.

Δημοσίωσις ist herzuleiten von δημόσιος 'öffentlich'. Also

wäre δημοσίωσις so viel als 'Veröffentlichung', welches Wort wir freilich in dieser Weise nicht gebrauchen. Jörs gibt δημοσίωσις wieder durch 'Verlautbarung'. Umschreibend können wir sagen: ein Handschein soll zu einer öffentlichen Urkunde umgestaltet werden.

Vgl. etwa Pap. Lips. n. 10 = Mitteis, Chrest. n. 189 vom Jahre 240 nach Chr. col. II Zle 26. 27: πρὸς τὸ μένειν (μοι τὰ) ἀπὸ αὐτῆς (nämlich ἀσφαλείας) δίκαια ὡς ἀπὸ δημοσίου χρηματισμοῦ. Pap. Oxyr. IX n. 1200 vom Jahre 266 nach Chr. Zle 50. 51: πρὸς τὸ μένιν μοι τὰ ἀπὸ αὐτῆς δίκαια ὡς ἀπὸ δημοσίου χρηματισμοῦ ἕνεκα τοῦ εὐδοκηκέναι τῇ δημοσιώσει. Unter δημόσιος χρηματισμός ist eine öffentliche Urkunde zu verstehen: siehe Koschaker S. 12; Mitteis, Grundzüge S. 73 Anm. 4.

Es ließe sich das Verfahren ein Echtheitsverfahren nennen und die δημοσίωσις der probatio in perpetuam rei memoriam an die Seite stellen: vgl. über dieselbe Wetzell S. 231; Kleinfeller, Zivilprozeßrt. S. 448.

In Anlehnung an Jörs S. 115 flg. haben wir uns den Verlauf des Verfahrens in dieser Weise vorzustellen.

Der aus der Urkunde Berechtigte, Jörs nennt ihn kurzweg den Gläubiger, überreichte dem Erzrichter, ἀρχιδικαστής, in Alexandrien — siehe über denselben Koschaker — ein Gesuch in Gestalt eines förmlichen ὑπόμνημα — siehe über dasselbe Mitteis, Grundzüge S. 13.

Eine offene Frage bleibt dabei: mußte der Schuldner zustimmen?

Die Ueberreichung erfolgte persönlich oder durch einen Bevollmächtigten. Eine Vollmacht zur Herbeiführung einer δημοσίωσις tritt uns entgegen Pap. Grenf. II n. 71 = Mitteis, Chrest. n. 190 aus den Jahren 244—248 nach Chr. Vgl. dazu Wenger, Stellvertr. S. 106 flg.

Entgegengenommen wurde das Gesuch in den Büros des Erzrichters: dem καταλογεῖον oder von den Beamten πρὸς τῇ

διαλογῇ. Siehe über dieselben Mitteis, Grundzüge S. 67. 125 Anm. 3.

Der Ueberreichende bat um Aufnahme der Urkunde in die beiden hauptstädtischen Bibliotheken. Es gab zwei Bibliotheken, welche die Stelle von Archiven vertraten: ἡ Ἀδριανὴ βιβλιοθήκη und ἡ τοῦ Ναυείου βιβλιοθήκη.

Die Aufnahme der Urkunde in doppelter Gestalt erinnert an die συγγραφή, wie ich sie mir vorstelle: siehe oben I, 5 a. E. Jedenfalls mußte eine Aufnahme in doppelter Gestalt, wobei selbstverständlich Uebereinstimmung der beiden Urkunden vorauszusetzen, den Echtheitsbeweis wesentlich kräftigen.

In dem Gesuche war eine Abschrift der Urkunde enthalten. Vgl. darüber Mitteis, Grundzüge S. 85.

Die Urkunde selbst wurde urschriftlich mit dem Gesuche zugleich übergeben. Ob in einfacher oder mehrfacher Ausfertigung ist meines Erachtens ein Punkt, dem keine wesentliche Bedeutung zukommt. Wenn nur die Behörde eine einzige Urschrift hatte, stand es ihr frei, in beliebiger Zahl davon beglaubigte Abschriften anzufertigen.

Eine doppelte Ausfertigung bringt Pap. Oxyr. IX n. 1200 vom Jahre 266 Zle 44 τῆς δισσῆς ἀσφαλείας; einer dreifach ausgestellten Urkunde begegnen wir Pap. Lips. 10 = Mitteis, Chrest. n. 189 vom Jahre 240 col. II Zle 19 τῆς τρισσῆς ἀσφαλείας; eine Vervierfachung der Urkunde, für jede Partei zwei, treffen wir an Pap. Flor. 47 col. I = Mitteis, Chrest. n. 146 aus den Jahren 213—217 nach Chr. Zle 17 τετρασσὴν ἐγράψαμεν, εἰς τὸ παρ' ἑκατέρῳ μέρει εἶναι δισσήν.

Wegen der Urkunde fand eine amtliche Prüfung statt. Insonderheit war sie auf Radierung und Zuschrift zu prüfen. Es heißt Pap. Oxyr. I n. 34 vom Jahre 127 nach Chr. = Mitteis, Chrest. n. 188 col. I Zle 14: εἴπο)υ ἀπαλήλειπται ἢ ἐπιγέγραπταί τι. Vgl. dazu Wilcken Arch. Bd. 1 S. 125. Dabei stoßen wir Zle 12 auf εἰκονισταί: siehe über dieselben Mitteis, Grundzüge S. 81. Sie beschäftigen sich mit den aus zusammengeklebten Stücken bestehenden Rollen: Zle 12. 13.

Vgl. wegen τόμος und συγκολλήσιμα Wilcken, Grundzüge S. XXXI, 195. Zum Zwecke der Ueberreichung, Zle 13: πρὸς καταχωρισμόν. Sie lieferten mithin der betreffenden Behörde eine Vorarbeit. Radierungen oder Zuschriften waren durch ein beigesetztes Zeichen bemerkbar zu machen, Zle 14: παρασημιούσθωσαν. Endlich sollen die εἰκονισταί Zle 15 eine angefertigte Abschrift auf einem Blatte überreichen. Das ἀντίγραφον ist wohl mit Mitteis von einer vollständigen Abschrift zu verstehen. Anders fassen die Sache auf Grenfell-Hunt I S. 70 und Wilcken Arch. I S. 125 Anm. 4. Neben diesen εἰκονισταί sind beim καταλογεῖον als Beamte tätig ἀπολογισταὶ γραμματεῖς: I Zle 7 flg.

Außerdem mußte der Gläubiger oder sein Bevollmächtigter die Echtheit der Urkunde eidlich erhärten.

Daneben sollen die Beamten des καταλογεῖον oder der διαλογή je einen Auszug der Urkunde in ein Register eintragen, von dem je ein Exemplar bei beiden Bibliotheken hinterlegt wird.

Alsdann konnte die Aufnahme der Urkunde in die beiden Bibliotheken verfügt werden.

Auf dem erledigten Gesuche wird bestätigt, daß die Urkunde überreicht worden: siehe Mitteis, Grundzüge S. 85.

Nach Koschaker S. 9 Anm. 3 läßt sich nicht mit Sicherheit entscheiden: 'ob das Original im Registeramt aufbewahrt . . oder der Partei zurückgestellt wurde'. Für eine derartige Aufbewahrung soll aber sprechen Pap. Oxyr. I n. 34 col. I Zle 12 flg.: 'wonach die Originale in Klebebänden vereinigt wurden'.

Allerdings mußte die Urkunde in Urschrift überreicht werden, und zwar der Hadrianschen Bibliothek. Daraus folgt aber noch keine Verpflichtung zu dauernder Aufbewahrung; zumal wenn daneben für vollständige Abschriften Sorge getragen wurde.

Bei uns pflegt in derartigen Fällen die Behörde entweder die Urschrift zu behalten und davon beglaubigte Abschriften im

Bedarfsfalle zu erteilen; oder die Behörde gibt die Urschrift zurück, indem sie eine beglaubigte Abschrift behält. So könnte man ja auch im alten Aegypten zu Werke gegangen sein.

Ein der δημοσίωσις verwandtes Verfahren scheint zu sein die ἐκματύρησις, über die wir weniger genau unterrichtet sind. Siehe Oxyr. IX n. 1208 vom Jahre 291 nach Chr. Zle 30 πεποίημαι τὴν ἐκμαρτύρησιν ὡς πρόκειται und dazu Hunt IX S 245 flg. sowie Jörs S. 122 flg.

In der Vollmachtsurkunde bei Grenf. II n. 71 col. II Zle 26 ist im Gegensatz zu der hier betrachteten die Rede von einer andern δημοσίωσις: δημοσιώσας ἐνόπιν (= ἐνώπιον) αὐτοῖς τὴν συνήθη δημοσίωσιν. Was es mit dieser gewöhnlichen δημοσίωσις auf sich haben mag, bleibt zweifelhaft. Wenger, Stellvertretung S. 107 Anm. 3 denkt dabei an eine 'Registrierung im Ortsarchiv'. Jörs S. 122 Anm. 3 sieht darin 'einen der ἐκμαρτύρησις entsprechenden Akt'.

6. Zu der δημοσίωσις hat wiederum Beziehung eine Klausel, die sich in zahlreichen Geschäftsurkunden der Kaiserzeit findet und die so oder ähnlich lautet: τὸ δὲ χειρόγραφον κύριον ἔστω ὡς ἐν δημοσίῳ κατακεχωρισμένον (κατακείμενον). Siehe darüber Koschaker, Z. R.G. Bd. 42 S. 1 flg. Beispiele bieten dar das Versprechen der Eigentumsübertragung B. G. U. n. 50 = Mitteis, Chrest. n. 205 aus den Jahren 114/5 nach Chr. Zle 18—20; der Darlehnsschein vom 16. Januar 120 nach Chr. Pap. Hamb. n. 32 Zle 14—16; der Grundstücksverkauf C. P. R. n. 10 = Mitteis, Chrest. n. 145 aus den Jahren 322 oder 323 nach Chr. Zle 11.

Bei Erklärung dieser Klausel ist zunächst das ὡς ins Auge zu fassen. Dieses Wörtchen hat nach Mitteis, Grundzüge S. 83 Anm. 1 bloß die Bedeutung 'als ob', nicht die kausale 'weil registriert'. Gradenwitz, Einführung S. 92 Anm. 1 war früher anderer Ansicht, hat diese Ansicht aber in der Festgabe für Koch S. 266 Anm. 1 zurückgenommen.

Es handelt sich also um eine Fiktion. Welchen Inhalt hatte diese Fiktion? Mitteis meint: 'als ob registriert'.

Soll das vielleicht heißen: als ob die δημοσίωσις vorgenommen wäre?

Dagegen erhöbe sich folgender Einwand. Es wird sich bei diesen Formvorschriften zur Herbeiführung des κύριον doch wohl um absolute Rechtssätze gehandelt haben. Man kann sich nicht gut vorstellen, daß es vom Belieben der Vertragschließenden abhängig gewesen wäre: ob sie die vorgeschriebene Form beobachten oder sich über dieselbe durch eine Erklärung 'als ob' vollständig hinwegsetzen wollten. Auf diese Weise kämen wir dazu: die Klausel für überflüssigen Ballast zu erklären. So scheint sich die Sache vorgestellt zu haben Gradenwitz in der Festgabe für Koch, wenn er hier spricht von einer 'Wertlosigkeit dieser Beteuerung'. Und anderer Meinung ist auch wohl Mitteis nicht, wenn er von der Klausel sagt: 'diese Bemerkung geht notwendig der Registrierung voraus'.

Richtig ist jedenfalls, daß die δημοσίωσις nachfolgte. Wir begegnen mehrfach in Urkunden τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσει: siehe Stellen bei Koschaker S. 1 Anm. 1. Also eine Handlung, die zunächst fingiert wäre, wird in der Zukunft doch vorgenommen. Eine solche Fiktion erschiene nicht bloß recht überflüssig, sie würde sich auch mit dem wirklichen Vorgange geradezu in Widerspruch setzen. So werden wir uns doch wohl für diese Fiktion nach einem andern Inhalt umsehen müssen.

Und zwar möchte ich zunächst darauf aufmerksam machen, daß die Hinterlegung gar nicht von den Parteien erfolgte. Ebensowenig funktionierten das καταλογεῖον bzw. die Beamten πρὸς τῇ διαλογῇ als Archive, sondern vermittelten nur die Hinterlegung bei den beiden Bibliotheken. Siehe Mitteis, Grundzüge S. 84. Die Tätigkeit der Parteien beschränkte sich darauf, die Urkunde beim καταλογεῖον bzw. den Beamten πρὸς τῇ διαλογῇ zu überreichen und das betreffende Gesuch zu stellen.

Dabei ist zu bedenken, daß wir uns hier auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit befinden. Von einem Zwange, den der Gläubiger seinem Schuldner gegenüber ausgeübt hätte,

kann demnach keine Rede sein: der Schuldner mußte der δημοσίωσις zustimmen.

Andererseits haben wir gar nicht nötig, das καταχωρίζειν schon mit der Hinterlegung zu verbinden. An sich bedeutet καταχωρίζειν 'an Ort und Stelle bringen'. Dem ordnet sich durchaus unter das Einreichen einer Urkunde; und in ähnlicher Weise wie das κατακεχωρισμένον läßt sich auch κατακείμενον verstehen.

Die Klausel können wir demnach übersetzen: der Handschein soll kräftig sein, wie wenn er überreicht wäre ἐν δημοσίῳ d. i. bei der zuständigen Behörde.

C. P. R. n. 10 col. I Zle 11 stoßen wir auf die vollere Bezeichnung ἐν δημοσίῳ ἀρχίῳ. Dieses ἀρχῖον bzw. ἀρχεῖον ist ein ganz neutraler Ausdruck für die Behörde schlechthin: siehe Mitteis, Grundzüge S. 60.

Wir haben uns die Sachlage so vorzustellen. Das Ueberreichungsverfahren hat seine Endschaft erreicht. Beide Teile haben ihr Gesuch vorgetragen und näher begründet. Die angegangene Behörde hat sich bereit erklärt, die Hinterlegung bei den beiden Bibliotheken zu veranlassen. Welche Kraft vermag ein solches Verfahren dem Handscheine zu verleihen?

Bei Beantwortung dieser Frage möchte ich mir zunächst eine praktische Erwägung erlauben. Beide Teile haben sich vor der Behörde mit der Hinterlegung einverstanden erklärt. Die Behörde hat zu diesem Zwecke die Urkunde angenommen. Wenn nun tags darauf der eine Teil sich die Hinterlegung verbeten hätte? Schwerlich wird die Behörde darauf eingegangen sein. War die Urkunde einmal von beiden Teilen überreicht, so nahm das Verfahren seinen weitern Verlauf: keine Partei brauchte sich von der andern gefallen zu lassen, daß sie die Urkunde wieder zurücknahm, bzw. zurückverlangte. Die Kraft einer solchen Urkunde bestand demnach in der einseitigen Gebundenheit.

In dieser Beziehung ließ sich die Urkunde aber auch schon bei der Ausstellung bindend machen. Das geschah durch unsere Klausel. Der Handschein soll so bindend sein, als wäre er der

zuständigen Behörde bereits überreicht; jeder von beiden Teilen ist berechtigt, das Hinterlegungsverfahren auf Grund der vorliegenden Urkunde sofort einzuleiten; mindestens der aus der Urkunde Berechtigte.

Das κύριον ἔστω in der fraglichen Klausel wäre demnach nur von einer vorbereitenden Wirksamkeit zu verstehen. Beide Teile haben sich gegenseitig gebunden, daß die Hinterlegung nun stattfinde, wie sie gebunden wären, wenn die Ueberreichung der Urkunde vor der Behörde bereits stattgefunden hätte. Es wird ihnen gestattet gewesen sein, durch gegenseitige Uebereinkunft diese Wirksamkeit wieder zu vernichten, aber der Einzelne als solcher ist gebunden.

Aus dieser Klausel folgt aber keineswegs, daß ein χειρόγραφον ohne dieselbe ἄκυρον d. h. ungültig gewesen wäre. Irgendwelche Bedeutung könnte ihm immerhin schon zugekommen sein. Jedenfalls bewies die Urkunde als solche ihr eignes Dasein und war vielleicht als Begleiterin eines mündlich gültig abgeschlossenen Vertrages von Nutzen: vgl. Mitteis, Grundzüge S. 83.

Was praktische Erwägung uns an die Hand geben dürfte, scheint in einer Reihe von Papyri seine Bestätigung zu finden. In dieser Beziehung kommen namentlich zwei erst unlängst von Grenfell-Hunt veröffentlichte Papyri mit in Betracht: Pap. Oxyr. X n. 1277 vom Jahre 249 nach Chr. und Oxyr. X n. 1273 vom Jahre 260 nach Chr.

In dem zuerst genannten Papyrus handelt es sich um den Verkauf eines halben Hauses an den Eigentümer der andern Hälfte. Es verkaufen Aurelius Agathodaemon und Aurelia Meïthous an Aurelius Serenus, auch Sarapion genannt. Am Schluß erklären die Verkäufer dem Käufer Zle 17—20: κυρία ἡ πρᾶσις δισσὴ γραφεῖσα, ἥνπερ ὁπηνίκα ἐὰν αἱρῇ δημιοσιώσεις διὰ τοῦ καταλογείου οὐ προσδεόμενος μεταδόσεως οὐδὲ ἑτέρας συνευδοκήσεως ἡμῶν διὰ τὸ ἐντεῦθεν εὐδοκεῖν ἡμᾶς τῇ γεινομένῃ ὑπὸ σοῦ δημοσιώσει.

Die doppelt niedergeschriebene Verkaufsurkunde erscheint

hier als eine kräftige, κυρία. Die Kraft der Urkunde besteht darin, daß der Käufer, wann immer er will, die δημοσίωσις durch das καταλογεῖον veranlassen wird. Dazu bedarf es nicht einer Mitteilung, μεταδόσεως, noch einer sonstigen Mitgenehmigung seitens der Verkäufer wegen der nunmehrigen Genehmigung ihrerseits betreffend die vom Verkäufer veranstaltete δημοσίωσις.

Die μετάδοσις, auf die wir hier stoßen, wird bei Grenfell-Hunt S. 207 im Anschluß an Pap. Oxyr. IV n. 719 vom Jahre 193 nach Chr. Zle 3. 4 erläutert durch notification through the archidicastes and strategus. Demnach hätten wir wohl an eine Zustellung an den andern Teil zu denken, um diesen zu veranlassen, sich über die Echtheit der Urkunde zu erklären: siehe Jörs S. 155. Ob aber, wie Jörs meint, diese Zustellung ein Mittel war, den Schuldner zu einer Erklärung zu zwingen, scheint mir zweifelhaft zu sein. Wir müssen immer bedenken, daß wir uns hier auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit befinden.

Die Urkunde Oxyr. X n. 1273 bezieht sich auf einen Heiratsvertrag. Aurelia Thaësis hat ihre Tochter Aurelia Tausiris dem Aurelius Arsinous zur Ehe gegeben. Die Urkunde tritt uns entgegen als eine der δημοσίωσις zugängliche συγγραφή: worauf schon oben unter 5 hingewiesen wurde, was aber hier noch näher zu erörtern ist.

Die in Betracht kommenden Zeilen 37—40 lauten: κυρία ἡ συγγραφὴ δισσὴ γραφεῖσα πρὸς τὸ ἑκάτερον ἔχειν μοναχόν, ἥνπερ ὁπηνίκα ἐὰν αἱρῶνται ἢ καί τις αὐτῶν δημοσιώσει διὰ τοῦ καταλογείου οὐ προσδεόμενος τῆς τοῦ ἑτέρου μεταλήμψεως οὐδὲ ἑτέρας εὐδοκήσεως διὰ τὸ ἐντεῦθεν εὐδοκεῖν τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσει.

Die Urkunde ist doppelt ausgefertigt, damit jeder von beiden sie einzeln habe, und kräftig, wenn sie beide oder einer von ihnen durch das καταλογεῖον zu einer öffentlichen gestalten will; indem der eine nicht bedarf der Mitwirkung des andern noch dessen Genehmigung wegen der nunmehrigen Genehmigung zur künftigen δημοσίωσις.

Wir ersehen hieraus mit großer Deutlichkeit, daß eine δημοσίωσις ohne Zustimmung des andern Teiles gar nicht möglich war.

Eine solche Zustimmung, wenn auch nur von einer Seite, tritt uns sodann entgegen Pap. Oxyr. IX n. 1200 vom Jahre 266 nach Chr. Zle 33—37: τὴν δὲ ἀσφάλειαν ταύτην δισσήν σοι ἐξεδόμην ἐπὶ ὑπογραφῇ μου, ἥνπερ ὁπηνίκα ἐὰν αἱρῇ δημοσιώσεις διὰ τοῦ καταλογείου οὐ προσδεόμενος ἑτέρας μου εὐδοκήσεως ἢ μεταλήμψεως διὰ τὸ ἐντεῦθεν εὐδοκεῖν με τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσει. Die ὑπογραφή ist enthalten Zle 40—43. Auf die Zustimmung wird noch einmal verwiesen Zle 51: ἕνεκα τοῦ εὐδοκηκέναι τῇ δημοσιώσει. Vgl. dazu schon oben unter 5. In dieser Urkunde haben wir es vielleicht mit einem Beamten πρὸς τῇ διαλογῇ zu tun. Wilcken, Arch. Bd. 6 S. 291 ergänzt Zle 4: ὁ πρὸς τῇ δι(αλογῇ) ἀπέχει. 'Aber der Vorschlag ist völlig unsicher, soll nur zum Bessermachen anreizen'. Jedenfalls begegnet uns Zle 35 auch das καταλογεῖον.

Weiter stelle ich hierher die Anerkennung eines Verkaufsvertrages Oxyr. IX n. 1208 vom Jahre 291 nach Chr. Hier heißt es Zle 24. 25: κυρία ἡ πρᾶσις καὶ παραχώρησις τρισσὴ γραφεῖσα, ἥμπερ ὁπηνίκα ἐὰν αἱρῇ ἀποίσις διὰ δημοσίου οὐ προςδεομένη ἑτέρας μου εὐδοκήσεως διὰ τὸ ἐντεῦθεν εὐδοκεῖν τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσι und Zle 27: καὶ εὐδοκῷ τῇ δημοσιώσι. Wegen der παραχώρησις verweise ich auf Mitteis, Grundzüge S. 178.

Endlich wäre von Wichtigkeit der Grundstücksverkauf C. P. R. n. 10 = Mitteis, Chrest. n. 145 vom Jahre 322 oder 323 nach Chr. Die Rolle enthält zwei vollständig gleiche Exemplare desselben Vertrages. Es heißt hier Zle 11: ἡ πρᾶσις κυρία ὡς ἐν δημοσίῳ ἀρχίῳ κατακιμένη, ἣν καὶ δισσήν σοι ἐξεδόμην. ἐντεῦθεν εὐδοκῶ τῇ ἐσομένῃ δημοσιώσι.

Die Stelle hat uns bereits oben S. 243 beschäftigt. Das κατακιμένη entspricht einem κατακεχωρισμένη. Beim καταχωρίζειν tritt mehr die Handlung des Ueberreichens in den Vordergrund, beim κατακεῖσθαι dessen Wirkung, das Daliegen. Die Verkaufsurkunde soll kräftig sein, wie wenn sie bei öffent-

licher Behörde daliege. Als öffentliche Behörde kommt vor allen Dingen das καταλογεῖον in Betracht. Sie liegt aber noch nicht da. Wenn sie da läge, wenn das καταλογεῖον die Urkunde bereits angenommen hätte, um sie bei den Bibliotheken zu hinterlegen, so würde das ein Beweis dafür sein, daß beide Teile damit einverstanden seien. Um nun die fragliche Verkaufsurkunde in dieser Beziehung auf gleiche Stufe zu erheben mit einer bereits daliegenden, erklärt der Verkäufer seine Zustimmung zu der vorzunehmenden δημοσίωσις.

Das ἐντεῦθεν, welches diese Zustimmung anknüpft, ist ein Adverb, das in verschiedenen Bedeutungen vorkommt: in örtlicher, zeitlicher, ursächlicher. Demgemäß können wir übersetzen: hiermit, nunmehr, deshalb. Auf alle Fälle wird mit dem ἐντεῦθεν eine Voraussetzung für das κυρία angereiht.

Die Entwicklung dieses Verfahrens stelle ich mir in folgender Weise vor.

Beide Teile erscheinen vor der Behörde, vor allen Dingen dem καταλογεῖον, und bitten um Veranstaltung der δημοσίωσις. Von diesem Falle wird auch ausgegangen Oxyr. X n. 1273 Zle 38: ἐὰν αἱρῶνται.

Daneben bleibt möglich, daß nur ein Teil vor der Behörde erscheint und um Zustellung der Urkunde an den Abwesenden bittet, damit dieser sich über die Echtheit der Urkunde erkläre. Das ist das Verfahren mittels μετάδοσις, dem wir begegnen Oxyr. X n. 1276 Zle 19.

Die Zustimmung mußte aber freiwillig erfolgen. Ein Zwangsverfahren wird meines Erachtens kaum zulässig gewesen sein. Insonderheit keine Zustellung unter Androhung des Rechtsnachteiles: daß der Abwesende, wenn er sich nicht erkläre, als geständig zu betrachten sei.

Außerdem wird anderweitige Zustimmung genügt haben. Es heißt in der angeführten Zle 19: οὐ προςδεόμενος μεταδόσεως οὐδὲ ἑτέρας συνευδοκήσεως. Man beachte ἑτέρας, womit doch darauf hingewiesen wird, daß auch bei der μετάδοσις die Zustimmung eine freiwillige sein mußte.

Schließlich gelangte man dahin, die Urkunde gleich bei der Ausstellung mit einer Klausel zu versehen, welche die Beteiligten bzw. den Berechtigten ermächtigte, allein die δημοσίωσις zu beantragen, ohne daß es dazu der Mitwirkung des andern Teiles bedurfte.

7. Nach diesen Vorbereitungen wende ich mich wieder zur Gajusstelle.

Gajus berichtet: daß das Peregrinenrecht einen eigenartigen Litteralvertrag kannte, welcher durch chirografum und syngrafe begründet wurde.

Beim Peregrinenrecht haben wir vor allen Dingen an das griechische Recht zu denken. Da uns dieses griechische Recht nun auch in den ägyptischen Papyri entgegentritt, ist es durchaus gerechtfertigt, dieselben zur Erklärung der Gajusstelle mitheranzuziehen.

Man hat bezweifelt die Entstehung eines Litteralvertrages durch bloßes Chirographum. Ein einfacher Handschein im Besitze des Gläubigers, den dieser in beliebiger Weise ändern konnte, wird allerdings wenig Beweiskraft gehabt haben und schwerlich zum Abschluß eines Litteralvertrages genügend gewesen sein. Aber Gajus sagt ja gar nicht, daß alle Chirographa einen Litteralvertrag erzeugt hätten, sondern nur, daß ein Litteralvertrag durch Chirographum möglich sei.

Wir können uns demnach füglich beschränken auf das euidens chirografum, das uns als eine besondere Abart bereits c. 3 de den. C. Th. 2, 4 vom Jahre 406 entgegengetreten ist.

Dahin wäre jedenfalls zu zählen der durch δημοσίωσις in eine öffentliche Urkunde verwandelte Handschein, aber auch wohl schon der Handschein, welcher den Einzelnen durch eine Klausel ermächtigte, die δημοσίωσις zu bewerkstelligen.

35. Die schriftliche Stipulation und ihr Verhältnis zum Litteralvertrag der Peregrinen. III, 134.

Die spätere Beurkundung hat das nomen transscripticium verdrängt und damit dem römischen Litteralvertrage ein Ende

bereitet. Vgl. Pseudo-Asc. in Verrem II, 1 § 60 (B. 175). Beim obsignandis literis dieser Stelle haben wir in erster Linie, wenn nicht ausschließlich, an römische Beurkundung zu denken: siehe oben Erkl. 29 unter 8.

Die Peregrinen, insonderheit die Griechen, entwickelten einen andern Litteralvertrag, der sich stützte auf das chirografum bzw. die syngrafe. Diesem ist ein Feind erstanden in der Stipulation. Hierauf macht uns in unserer Stelle der Zusatz aufmerksam, der wohl von einem Nachgajaner herrührt: ita scilicet ut si eo nomine stipulatio non fiat.

1. Der griechische Litteralvertrag beruht auf einer schriftlichen Urkunde: es müßte denn eine Stipulation abgeschlossen sein. Diese Stipulation werden wir uns ebenfalls als eine schriftliche vorzustellen haben. Und zwar liegt es näher, dabei an die Stipulationsklausel zu denken, als eine selbständige Schrift anzunehmen.

Dieser Gedanke ist nicht neu. Man hat aber in dieser Stipulationsklausel bisher lediglich ein Beweismittel für den Verbalvertrag der Stipulation erblickt. Vgl. z. B. Schlesinger, Formalkontr. S. 68.

Das dürfte indessen kaum mit der Gajusstelle in Einklang stehen. Wir werden doch davon ausgehen müssen, daß alle Voraussetzungen für ein gültiges Chirographum bzw. Syngraphe vorhanden oder doch möglich waren, die Stipulationsklausel hindert aber das Zustandekommen eines Litteralvertrages und setzt an dessen Stelle die Stipulation.

An solchen Stipulationsklauseln, welche demnach dem Chirographum bzw. der Syngraphe die Eigenschaft eines Litteralvertrages entziehen würden, fehlt es nun keineswegs; wir brauchen uns bloß die zuletzt besprochenen Urkunden anzusehen. Vgl. Pap. Oxyr. X n. 1276 Zle 20. 21. 27. 32; X n. 1273 Zle 40. 41. 48. 53; IX n. 1200 Zle 37. 38; IX n. 1208 Zle 17. 25. 27. 28. 29; C. P. R. n. 10 Zle 11.

Es taucht die Frage auf: was ist an die Stelle des Litteralvertrages getreten? Der Litteralvertrag beruht an

Schriftlichkeit, mit Beseitigung des Litteralvertrages ist aber die Schriftlichkeit noch nicht abgetan. Somit wären wir denn wohl bei der schriftlichen Stipulation angelangt.

2. Diese schriftliche Stipulation bedarf aber vielleicht noch einer Art von Legitimation mit auf den Weg, wenngleich bereits Gneist, Form. Verträge S. 256 den Rechtszustand zur Zeit des Paulus und Ulpian in folgender Weise schildert. 'Die Schrift ist also nicht mehr bloß Beweis der Handlung: die Ausstellung der Schrift selbst ist zur Handlung geworden'. Dabei ist allerdings vorauszusetzen, daß beide Kontrahenten gegenwärtig waren.

3. Es kommen namentlich folgende Stellen in Betracht.

Paul. fr. 38 de obl. et act. 44, 7: placuit non minus ualere, quod scriptura, quam quod uocibus lingua figuratis significaretur. Danach hat eine schriftliche Stipulation dieselbe Wirkung wie eine mündliche.

Von einer ähnlichen Auffassung scheint auszugehen Ulp. fr. 7 § 12 de pactis 2, 14. Wenn schriftlichen Pacta Stipulationsklauseln angehängt wurden, soll die Vermutung dafür sprechen, daß eine Stipulation beabsichtigt war: ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur. Es sieht nicht so aus, als ob der nisi-Satz auf Interpolation beruhte. A. M. P. Krüger, Dig.[11] mit Gradenwitz. Es handelt sich auch nicht etwa um eine Novation, sondern vielmehr um die Frage: enthält die vorliegende Schrift von Anfang an ein Pactum oder eine Stipulation? Den auf adprobetur folgenden quod-Satz verdächtigt Beseler, Beiträge I S. 53. Auf alle Fälle verdient Beachtung, daß die Ulpianstelle weniger bestimmt lautet als der Zusatz bei Gajus.

Weit überholt wird diese Rechtsbildung durch ein Reskript der Kaiser Severus und Antoninus in c. 1 de contr. stip. 8, 37 vom Jahre 200: Licet epistulae . . additum non sit stipulatum esse eum cui cauebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedente stipulatione uocem spondentis secutam.

Eine Stipulatio setzt sich zusammen aus Frage und Antwort. Bei der brieflichen wird die Frage für überflüssig erklärt, es genügt das bloße Versprechen, wenn beide Teile gegenwärtig waren.

Was die Kaiser hier für eine Urkunde in Briefform aussprechen, wird allgemein auf Urkunden angewandt von Paul. sent. 5, 7 § 2: quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit. Vgl. über den Ausdruck instrumentum Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 294; Riccobono, Z. R. G. Bd. 48 S. 214 flg. Dem entspricht fast wörtlich I. I. de inut. stip. III, 19 § 17. Eine Anwendung von diesem Satze findet sich bei Paul. libro quinto decimo responsorum fr. 134 § 2 de uerb. obl. 45, 1. Die Gutachten des Paulus sind jedenfalls vom 14. Buche an erst unter Alexander (222—235) geschrieben: Fitting, Alter[1] S. 50; Alter[2] S. 98.

Ulpian betätigt dieselbe Auffassung. Er bemerkt ad Sab. fr. 30 de uerb. 45, 1: si quis se scripserit fideiussisse, uideri omnia sollemniter acta. Der obige Satz ist wörtlich aufgenommen in § 8 I. I. de fidei. III, 20. Der Sabinuskommentar des Ulpian, wie er den Justinianschen Kompilatoren vorlag, ist nach dem Tode des Severus, aber vor dem Tode des Caracalla, also zwischen 211—217 veröffentlicht: Fitting, Alter[2] S. 112.

4. So hat sich denn herausgestellt, daß seit dem Jahre 200 nach Chr. die mündliche Stipulation durch ein schriftliches Versprechen vertreten werden kann. Dabei blieb freilich Gegenwart der Kontrahenten ein notwendiges Erfordernis: vgl. hierzu Ubbelohde, Z. R. G. Bd. 13 S. 488 flg. Außerdem ist die mündliche Stipulation nicht beseitigt, sondern daneben bei Bestand geblieben.

Es verhält sich mit der Stipulation ähnlich wie mit der Manzipation, wo ebenfalls neben der mündlichen eine schriftliche Form entstanden ist: siehe darüber Buch 1 Erkl. 36 S. 196.

5. Viele Schriftsteller sind mit der Gneistschen Auf-

fassung nicht einverstanden, indem sie von einer schriftlichen Stipulation nichts wissen wollen. Gegen ihn haben sich in diesem Sinne z. B. ausgesprochen: Schlesinger, Formalkontrakte S. 81 flg.; Danz, Lehrbuch der Gesch. des röm. Rts. Bd 2[2] S. 42; Karsten, Die Bedeutung der Form im Obligationenrt. Abt. 1 S. 216 flg.; L. Seuffert, Zur Gesch. der obl. Verträge S. 26 flg. Aus neuester Zeit kommen hinzu Freundt und Partsch, Z. HR. Bd. 70 S. 461 flg.

Andererseits sind mehr oder weniger für Gneist eingetreten: Kuntze, Kursus[2] § 656; Brunner, Zur Gesch. der röm. u. germ. Urkunde Bd. 1 S. 63; Mitteis, Reichsrt. S. 495; Girard-von Mayr S. 530 flg.; Sohm, Inst.[14] S. 514 Anm. 2.

Huschke, Darlehn S. 129 flg. geht noch über Gneist hinaus, indem er sich der spätrömischen Zeit gegenüber für die Existenz eines wirklichen Litteralkontraktes entscheidet. Siehe dagegen Mitteis S. 496. Auch J. Binder, 'Der Justinianische Litteralkontrakt' in Studi in onore de Biagio Brugi 1911 spricht sich aus für eine Entwicklung der Stipulation zum Litteralkontrakt, wie ich Partsch S. 461 entnehme.

Siegel, ArchZivPrax. Bd. 113 S. 8 erblickt in der Stipulationsurkunde eine 'qualifizierte Beweisurkunde', die in der Entwicklung über die schlichte Beweisurkunde hinausgewachsen sei.

Riccobono in seiner Abhandlung Stipulatio ed instrumentum nel Diritto Giustinianeo, Z. RG. Bd. 48 setzt sich S. 230 flg. näher mit Gneist auseinander.

6. Ich gebe gern zu, daß hier eine Menge schwieriger Fragen auftauchen und daß insonderheit die Gneistsche Beweisführung manche Schwächen darbietet. Aber so bereitwillig ich den Litteralkontrakt im allgemeinen preisgebe, glaube ich nicht: daß wir uns über die schriftliche Stipulation hinwegsetzen können.

Es handelt sich auch immer nur um einen schriftlichen Vertrag in einem gewissen Sinne, da er die Gegenwart der Ab-

schließenden verlangt, und sich auf diese Weise wesentlich von einem Konsensualkontrakte unterscheidet: vgl. III, 136.

Ferner fragt sich: ob unsere Quellen uns überhaupt ein einheitliches Bild gewähren. Es wäre doch sehr wohl möglich, daß in dem weiten römischen Reiche die Ansichten auseinandergingen.

Sodann könnte ein Gegensatz zwischen Theorie und dem Rechtsleben, wie es sich in Wirklichkeit abspielte, stattgefunden haben. Solche Betrachtungen stellt schon an Schlesinger S. 88 für die vorjustinianische Zeit. Und ebenso behauptet Zachariä, Gesch. des griechisch-römischen Rechts[3] § 67: daß die mündliche Stipulation in der Zeit vor und nach den Basiliken im lebendigen bewußten Gebrauche des gewöhnlichen Verkehrs nicht mehr gewesen sein könne.

Eine gewisse Strömung, die auf eine schriftliche Stipulation hinzielte, ist jedenfalls vorhanden gewesen, und mit einer solchen die Bemerkung unseres Nachgajaners in Verbindung zu bringen, liegt doch wohl am nächsten.

7. Ueber den ökonomischen Zweck, dem diese Stipulationsklausel vorzugsweise diente, sind wir nicht näher unterrichtet. Nach Mitteis, Reichsrecht S. 488 wäre sie im Laufe der Zeit 'ein genereller Bestandteil aller Rechtsgeschäfte und hiemit eine sinnlose Floskel geworden'. Bedeutung hatte sie jedenfalls für obligatorische Verträge. Somit dürfte nichts im Wege stehen, sie mit der Syngraphe in Verbindung zu bringen, von der es bei Pseudo-Asconius (B. 184) heißt: et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata pro temporaria uoluntate hominum scribi solent more institutoque Graecorum.

Der Zweck dieser Klausel wäre demnach folgender gewesen.

Hatte jemand mittels Syngraphe die Rückzahlung eines Darlehns versprochen, das er gar nicht erhalten, so war er gleichwohl aus einem abstrakten Litteralvertrage verpflichtet: siehe Mitteis, Reichsrt. S, 469.

Hatte dagegen jemand in einer Stipulationsurkunde die

Rückzahlung eines Darlehns versprochen, das er gar nicht erhalten, so stand ihm von Haus aus die gewöhnliche exceptio doli bzw. exceptio non numeratae pecuniae zu Gebote, die an eine zeitliche Schranke nicht gebunden war. Später wurde ihm mit zeitlicher Begrenzung, aber verstärkter Wirkung das eigentümliche Rechtsmittel der querela bzw. exceptio non numeratae pecuniae zuteil. 'Alle Konstitutionen über diese exc. n. n. p. können auf Stipulationsurkunden bezogen werden; die größere Hälfte derselben spricht sogar ausdrücklich nur von solchen': Gneist S. 265. 266.

Insofern fand also ein wesentlicher Unterschied statt zwischen Syngraphe und Stipulationsurkunde. Wollte demnach der Aussteller einer Syngraphe der gedachten Wohltat, sei es in alter oder neuer Form, teilhaftig werden, so mußte er sich der Stipulationsklausel bedienen.

8. Die Einführung der querela n. n. p. und ihren Umfang hat Gneist den Quellen entsprechend zunächst bei Stipulationsurkunden erörtert. Er tadelt S. 308 mit Recht, daß ältere Romanisten fast ohne Ausnahme diese Erscheinung übersehen konnten.

Dann behauptet aber Gneist S. 310: 'daß das neue Institut der querela n. n. p. frühzeitig auch auf einfache Schuldscheine angewendet wurde'. Ihm folgt Windscheid, Pand. Bd. 2 § 372 Anm. 4, und damit scheint man sich im allgemeinen zufriedengegeben zu haben. Meines Erachtens dürfte dieser Punkt eine nähere Prüfung doch wohl verdienen, es sich dabei aber um eine recht schwierige Untersuchung handeln, die in vollem Umfange aufzunehmen, hier nicht der Ort wäre. Wie wenig die Gneistsche Beweisführung ausreichend, mag an ein paar Sätzen gezeigt werden.

Vor allen Dingen beruft sich Gneist auf die Zweideutigkeit des Wortes cautio. Das würde höchstens eine Stütze für eine sonstige Beweisführung sein.

Dann findet Gneist in der c. 9 de non num. pec. 4, 30.

etwa aus dem Jahre 293, 'eine Gleichstellung beider Arten von Schuldscheinen angedeutet'.

Die Stelle lautet: cum ultra hoc quod accepit re obligari neminem posse constet et stipulatione interposita placita creditor non dederit, in factum dandam exceptionem conuenit: si necdum tempus, intra quod huius rei querella deferri debet, transiit uel intra hoc in testando iuri paritum sit, nihil ultra hoc quod accepisti sortis a te nomine praeses prouinciae exigi patietur.

Hier ist nur von einer Stipulation die Rede. Die Hindeutung auf einen einfachen Schuldschein, welche Gneist in dieser Stelle gefunden haben will, beruht auf einer falschen Lesart: Einschiebung eines si zwischen et und stipulatione; eine Aenderung, die freilich auch von Huschke, Darlehn S. 113 verteidigt wird.

Im übrigen dürfte die ausgeschriebene Stelle eine befriedigende Erklärung bisher kaum gefunden haben und scheint mir nach einer andern Richtung hin von einer gewissen grundlegenden Bedeutung zu sein: nämlich für die Begriffe querela und exceptio n. n. p. Es sei mir gestattet, meine Ansicht hierüber wenigstens kurz anzudeuten.

Mit vollkommener Sicherheit läßt sich die querela non numeratae pecuniae erst nachweisen in einer Konstitution von Alexander Severus vom Jahre 228, der c. 8 de non n. p. 4, 30: vgl. Windscheid Bd. 2 § 372 Anm. 1.

Querela n. n. p. heißt nach Gneist S. 78: 'die Anführung, es sei das Darlehn nicht gezahlt'. Diese Anführung könne doppelt vorkommen: einmal in der exceptio n. n. p., dann in einer Protestation, contestatio.

Nun heißt es aber in der angeführten c. 8 § 1: Sin autem questus est, exceptio non numeratae pecuniae heredi et aduersus heredes competit. Und weiter § 2: Sin uero legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres eius . . debitum soluere compelletur.

Hiernach ist vielmehr das queri, die querimònia, also die querela n. n. p. die Voraussetzung für die exceptio n. n. p. Schon Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 392 bemerkt sehr richtig: 'durch die Querel wird die Exception gewonnen'. Hat ein Protest in der vorgeschriebenen Zeit nicht stattgefunden, so kann der Klage eine exceptio n. n. p. nicht entgegengesetzt werden.

Wie nun, wenn die Klage erhoben wird zu einer Zeit, wo noch querela möglich war? Ist dann auch noch ein Protest nötig, um zu einer exceptio n. n. p. zu gelangen? Hierauf erhalten wir in der ausgeschriebenen c. 9 die Antwort: in factum dandam exceptionem conuenit. Ich verstehe die Stelle so: die Gewährung der exceptio n. n. p. erforderte den Nachweis, daß die querela rechtzeitig erhoben; statt dessen soll hier die Tatsache genügen, daß die Zeit zur Erhebung des Protestes noch nicht abgelaufen war. Ein solcher Protest wäre in zweierlei Gestalt möglich gewesen: entweder durch Erklärung vor Zeugen, in testando, oder durch ein gerichtliches Verfahren, denn so wird querella deferri debet doch wohl zu verstehen sein.

9. Einen Gegensatz zu der Auffassung von Gneist bildet ein Scholion des Thaleläus zu Bas. 23, 1 c. 67, entsprechend der c. 5 de non num. pec. 4, 30 von Alexander. Hier heißt es unter 1: ἐν πάσαις δὲ ταῖς διατάξεσι τούτου τοῦ τίτλου θεμάτισον, ὅτι ἐπερώτησις γέγονεν. ἐὰν γὰρ μὴ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις, οὐδὲ συνέστη οὐδεμία ἐνοχή.

Hiernach soll bei allen Konstitutionen des Titels angenommen werden, daß eine Stipulation abgeschlossen sei. Gneist erklärt diese Behauptung für 'offenbar irrig'.

Dieses 'offenbar irrig' trifft zu für das Justinianische Recht; für eine frühere Zeit ist die Behauptung des Thaleläus aber richtig. Vom Standpunkte des Formularprozesses aus war eine eigentliche exceptio n. n. p. der condictio ex mutuo gegenüber undenkbar: siehe Schlesinger S. 180 Anm. 1. Der Fehler des Thaleläus besteht also nur darin, daß er ältere und jüngere exceptio n. n. p. nicht scharf auseinandergehalten hat.

Für die Umwandlung, die hier stattgefunden hat, erblickt Gneist S. 310 eine Hauptstütze in c. 1 § 4 C. Th. si cert. pet. 2, 27 vom Jahre 421. Die Fassung sin uero suam quidem manum fateatur . . chirografi discuti oportebit aetatem soll so allgemein sein, 'daß sie auch von einfachen Schuldscheinen verstanden werden muß'. Damit gelangten wir aber erst zu einer Zeit, wo die querela n. n. p. schon zwei Jahrhunderte alt war. Außerdem widerspricht sich Gneist selber, der S. 309 zu dieser Stelle bemerkt: 'zweideutig und überhaupt nur gelegentlich erwähnt'. Einen zwingenden Beweis liefert diese Stelle jedenfalls nicht: siehe Schlesinger S. 251.

Die Hauptquelle für die Ausdehnung der exceptio n. n. p. auf den einfachen Schuldschein bleibt jedenfalls c. 14 C. I. de non n. p. 4, 30 vom Jahre 528. Im pr. ist einmal allgemein von contractus die Rede, und in den §§ 1. 2 tritt uns eine exceptio n. n. p. auch bei schriftlichen Quittungen entgegen. Ergänzend kommen in Betracht I. I. III, 21 § 1 de litt. obl. und Theoph. zu diesem Titel. Vgl. Schlesinger S. 251.

Andererseits steht fest, daß Justinian eine exceptio n. n. p. gegen einfache Empfangsbekenntnisse nicht neu eingeführt hat, da er sie schon als geltend voraussetzt. Wir werden es mit einem Gebilde der Praxis zu tun haben: vgl. c. 14 § 1 conantur. Das Nähere, wann und wie sich diese Praxis entwickelt haben mag, hüllt sich für uns in ein Dunkel. Immerhin werden wir dieser Entwicklung mehr Zeit gönnen können, als Gneist ihr einräumt. Schlesinger S. 253 läßt dieses Gewohnheitsrecht entstanden sein zwischen Constantinus dem Großen und Justinianus. Nach Salpius, Novation S. 317 hätten wir die exceptio n. n. p. gegen das bloße Empfangsbekenntnis noch auszuschließen, solange der Formularprozeß in Geltung war. Aber auf Grund von Pap. Lond. II, 470 aus dem Jahre 168 nach Chr. wird anzunehmen sein, daß diese Entwicklung schon höher hinaufreicht: siehe unten Erkl. 57 unter II, 2.

10. Ich wende mich wieder zu unserer Gajusstelle und nehme meinen Ausgang von einer Syngraphe über den Empfang eines Darlehns, das nicht gleich gezahlt war. Diese erzeugte nach Peregrinenrecht eine Klage auf Grund eines Litteralkontraktes unter der Voraussetzung, daß keine Stipulationsklausel angehängt war. Welchen Einfluß hat auf eine solche Syngraphe die Anhängung einer Stipulationsklausel? Auf Grund der bisherigen Ausführungen wären drei Zeiträume zu unterscheiden.

Erster Zeitraum. Die Zeit des klassischen Rechtes.

Einer schriftlichen Stipulation gegenüber findet eine exceptio doli bzw. non numeratae pecuniae statt, die zwar an eine zeitliche Schranke nicht gebunden, dem Versprecher aber den Beweis der nicht geschehenen Zahlung auferlegt. Der Litteralkontrakt wäre damit also beseitigt.

Unserer Stelle steht sehr nahe der Ausspruch von Ulpian lib. 4 ad ed. fr. 7 § 12 de pactis 2, 14, der uns oben unter 3 auch schon beschäftigt hat. Ulpian geht über zu der den pacta angehängten Stipulationsklausel. Bei diesen pacta brauchen wir uns nicht zu beschränken auf die nuda pactio: siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 141. Unter diese pacta fällt auch die Syngraphe der Peregrinen. Ulpian ist der Meinung, daß aus der Stipulation eine Klage hervorgehe, nisi contrarium specialiter adprobetur. Demnach könnte durch Gegenbeweis die Syngraphe aufrecht erhalten werden. Es hätte also der Gläubiger die eine oder andere Klage wählen, bzw. eine eventuelle Klagenhäufung vornehmen können.

Der Ediktskommentar des Ulpian wird fertiggestellt sein unter Caracallas Alleinregierung, 212—217; die ersten 35 Bücher sind aber vielleicht schon vor dem Tode des Severus, 211, ausgearbeitet. Vgl. über die Frage Fitting, Alter[2] S. 106; Krüger, Quellen[2] S. 242; Mommsen, Ges. Schr. Bd. 2 S. 159. Kipp, Quellen[3] S. 140 ist für eine zweimalige Bearbeitung des ganzen Werkes: das erste Mal vor dem Tode

des Septimius Severus, das zweite Mal nachher und zum Teil nach dem Tode Caracallas.

Die Ansicht, die wir bei Gajus finden, geht schon weiter. Litteralkontrakt und Stipulation vertragen sich nicht miteinander: ist eine Stipulationsklausel angehängt, so beseitigt sie den Litteralkontrakt.

Die ungelenke Anfügung des mit ita scilicet ut beginnenden Satzes hat mich bestimmt, ihn einem Nachgajaner zuzuweisen. Es dürfte diese Auffassung aber ebenfalls noch dem ersten Zeitraume angehören.

Zweiter Zeitraum. Einführung der querela non numeratae pecuniae Stipulationsurkunden gegenüber.

Eine Umgestaltung erfuhr das Recht durch Einführung der querela n. n. p., die etwas vor 228 erfolgt sein wird und sich zunächst auf die Stipulationsurkunden beschränkte.

Binnen einer Frist, die zu verschiedenen Zeiten von verschiedener Dauer war, konnte der Versprecher Einspruch gegen die Beweiskraft der Urkunde erheben; in dem Sinne: daß die Zahlung des Darlehns nicht erfolgt sei.

In den meisten Fällen mag dieser Einspruch begründet gewesen sein, so daß der Versprechensempfänger ihn sich ruhig gefallen lassen konnte. Oder er beseitigte ihn dadurch, daß er die Auszahlung des Darlehns jetzt wirklich vornahm.

Es konnte aber auch die Erhebung des Einspruches eine ungeheure Dreistigkeit sein. Wir dürfen doch nicht annehmen, daß der Versprechensempfänger sich das ruhig gefallen zu lassen brauchte.

Man hat gemeint, aus dem Ausdrucke querela sei nichts zu folgern. Ich muß demgegenüber bekennen, daß mir schon der Ausdruck allein gar so unschuldig nicht vorkommt, wie Gneist und fast alle Schriftsteller nach ihm sich dies vorstellen. Bekker, Akt. Bd. 1 S. 392 hat schon auf die querela inofficiosi testamenti als parallele Erscheinung hingewiesen.

Also der Versprechensempfänger konnte sich verteidigen.

Natürlich vor Gericht. Darüber mußte dann wieder der Versprecher vernommen werden. Es kam zu einem Verfahren.

Ueber ein solches Verfahren ist uns freilich nichts überliefert. Unsere Kenntnis vom römischen Zivilprozesse ist überhaupt eine recht mangelhafte. Und gerade über Hauptpunkte bietet unsere Ueberlieferung häufig große Lücken dar, weil man die Dinge als selbstverständlich ansah.

Um eine solche Selbstverständlichkeit handelt es sich auch hier. Die Annahme eines Streitverfahrens zwischen Querulanten und Versprechensempfänger ist eine Notwendigkeit, soll überhaupt Sinn und Vernunft in die Sache kommen.

Dieses Verfahren wird sich in den Geleisen bewegt haben, wie schon Bekker angibt. Der Schuldner, welcher leugnet, das Geld erhalten zu haben, ist der Kläger. Ihm wird in dieser Beziehung derselbe Beweis obgelegen haben, wie bei der exceptio non numeratae pecuniae der Stipulationsklage gegenüber. Gelang ihm dieser Beweis, so lautete das Urteil: pecuniam non numeratam esse; im andern Falle wurde die Querel abgewiesen.

Die querela n. n. p. ist demnach nichts anderes als eine Feststellungsklage. Der Versprecher will sich die exceptio non n. p. sichern, bevor noch der Versprechensempfänger die Klage erhoben hat. Also eine Art vorweggenommener Beweisführung. Auf Grund des Urteils pecuniam non numeratam esse kann dann die exceptio n. n. p. im künftigen Prozesse wiederholt werden und vertritt hier die Stelle einer exceptio rei iudicatae.

Durch dieses Urteil ist dann der Litteralkontrakt vernichtet. Dies geht zurück auf die Stipulationsklausel. Denn ohne eine solche wäre ein derartiges Verfahren nicht möglich gewesen.

Wie nun, wenn die Stipulationsklage vom Versprechensempfänger erhoben wurde während der gesetzlichen Frist, bevor noch der Versprecher Einspruch getan hatte? Von diesem Falle heißt es in der c. 9 de n. n. p. 4, 30: in factum dandam

exceptionem conuenit. Es mußte also eine exceptio erst besonders angefertigt werden, und, wie ich schon unter 8 ausgeführt habe, die Tatsache genügen, daß die Frist für Erhebung des Einspruches noch nicht abgelaufen war. Es kann aber diese in factum exceptio noch nicht die Stelle einer exceptio rei iudicatae vertreten haben; es wird vielmehr der Versprecher nur in die Lage versetzt sein, wie wenn er als Querulant aufgetreten wäre.

Läßt der Versprecher die gesetzliche Frist verstreichen, ohne Einspruch zu erheben, so wirft seine Untätigkeit auf ihn ein schlechtes Licht: Girard-von Mayr S. 549. Jetzt ist es vorbei mit Stipulation und Stipulationsklage, jetzt haftet der Versprecher aus der Schrift. Dies ist der Standpunkt, der eingenommen wird I. I. III, 21 § 1: sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet uerborum obligatione.

Das ist wieder eine andere Auffassung als bei Gajus. Bei Gajus hindert die Stipulationsklausel die Entstehung eines Litteralkontraktes. Das ist hier zunächst auch der Fall. Dann geht aber die Stipulation unter durch Untätigkeit des Versprechers. Jetzt wird die sonstige Schrift wieder von Bedeutung. Das ist der neue Litteralkontrakt des Justinianschen Rechtes, der aber in seiner vollen Entwicklung erst dem dritten Zeitraume angehört.

Dritter Zeitraum. Ausdehnung der querela n. n. p. auf einfache Empfangsscheine.

Die Stipulationsklausel, welche dem Versprecher die querela n. n. p. verschaffte, wird dazu beigetragen haben, den griechischen Litteralkontrakt zu verdrängen. Jedenfalls ist der griechische Litteralkontrakt kein Bestandteil des Justinianschen Rechtes geworden.

Dabei mußte sich folgende Vorstellung Geltung verschaffen. Wenn schließlich der Versprecher wegen seiner Untätigkeit verklagt werden kann, so ist damit die Stipulation in Wegfall gekommen, dagegen der übrige Inhalt der Schrift an die Stelle

getreten. Die Klage wird nicht aus der Stipulation gegeben, sondern ex ea scriptura nascitur condictio. Mithin genügt zur Klagebegründung der übrige Inhalt der Schrift, und der wesentliche Bestandteil dieser Schrift ist die Empfangsbescheinigung.

I. I. III, 21 haben schon diese Empfangsbescheinigung: si quis debere se scripserit; daneben freilich noch eine Stipulation, die aber schon hinfällig geworden ist: cessante scilicet uerborum obligatione.

Theophilus zu dieser Stelle bringt ebenfalls eine Empfangsbescheinigung und zwar über ein Darlehn: ἐδανεισάμην ἐγὼ κατὰ τὴν σήμερον ἡμέραν παρὰ τοῦδε καὶ ταῦτα ἐποφείλω; läßt aber die Stipulation schon ganz weg: ἐπερώτησις δὲ οὐκ ἐτέθη.

Seine Begründung geht dahin: daß die Hinzufügung der Stipulation doch ungültig sein würde, weil der Kontrakt nicht zum Abschluß gelangte in Gegenwart des Darlehngebers.

Die Unrichtigkeit dieser Begründung brauche ich wohl nicht nachzuweisen. Sie gibt uns aber einen Wink, wie die Entwicklung hier vor sich gegangen sein könnte. Man wird auch beim Abschluß mit Abwesenden sich der Stipulationsklausel bedient haben. Das war ungültig, indessen die Praxis begnügte sich damit. Daraus wurde weiter gefolgert: ist die Praxis mit einer ungültigen Stipulation zufrieden, so kann sie auch ganz fortbleiben.

So sind wir denn bei folgendem Satze angelangt. Schon gegen einen Darlehnschein wurde die querela n. n. p. gewährt. Machte aber der Aussteller von diesem Rechtsmittel innerhalb der gesetzlichen Frist keinen Gebrauch, so konnte der Schein durch Gegenbeweis nicht mehr entkräftet werden.

Diese Verknüpfung der querela n. n. p. mit dem bloßen Empfangsscheine konnte sich um so leichter vollziehen, als auf diese Weise zugleich der griechischen Urkunde in weitem Umfange Berücksichtigung zuteil wurde. Es brauchte nur der Syngraphe bzw. dem Chirographum die Empfangsbescheinigung eingefügt zu werden.

Schlesinger S. 222 behauptet freilich: 'Bei den syngraphae und chirographa der Peregrinen wird unsere exceptio . . ohne Zweifel ebenso große Bedeutung gehabt haben, wie bei der römischen Stipulation'.

Diese Ansicht kann ich nicht teilen. Die griechischen Urkunden sind erst durch die Stipulationsklausel der querela n. n. p. zugänglich geworden. Diese Klausel hat man dann fallen lassen und sich bei Urkunden überhaupt begnügt mit einer Empfangsbescheinigung.

Schlesinger gibt andererseits selber zu: 'Bestimmte Spuren solcher Fälle lassen sich in unsern Quellen nicht nachweisen'.

So ist denn der neue Litteralkontrakt entstanden, der nur in gewissem Sinne diese Bezeichnung verdient, und jedenfalls nicht durch die Urkunde sofort ins Leben gerufen wird.

36. Konsensualkontrakte. III, 135—138.

Der Grundstock wird sich wohl noch gar nicht mit den Konsensualkontrakten befaßt haben: siehe Erkl. 2.

Die Vorbemerkung, wie sie uns in den §§ 135—138 entgegentritt, ist nicht aus einem Gusse.

Die Vorlage, die Gajus vorfand, könnte sich beschränkt haben, auf den § 135 in abgekürzter Gestalt.

Hier schloß sich Gajus an mit seinem Unde in § 136, dem sich weiter anfügte der § 137 mit seinem Item.

Die sonstigen Zutaten sind nachgajanischen Ursprunges.

Die Entwicklung, um die es sich hier handelt, hat man wohl erklären wollen durch Hinweis auf das griechische Recht. Daß aber hier beim Abschluß von Verträgen stets die Formlosigkeit obgewaltet habe, trifft durchaus nicht zu: vgl. im allgemeinen Mitteis, Reichsrecht S. 459 flg.; Hermann-Thalheim, Gr. Rtsaltert.[4] S. 107 flg.

Mehr hat vielleicht für sich die von Pernice, Z. R. G. Bd. 33 S. 141 geäußerte Ansicht: man ist zur Formlosigkeit

gelangt, indem man die besondern Formen jedes Einzelvolkes verneinte.

Diese Auffassung würde sich auch sehr gut vertragen mit dem Ausspruche von Paul. fr. 1 § 2 de contr. empt. 18, 1: Est autem emptio iuris gentium et ideo consensu peragitur.

Braßloff, Z. Pr.- u. öff. Rt. Bd. 40 S. 296 meint freilich: nach der Zurückweisung des griechischen Einflusses werde man der Lehre des Paulus, 'wenn er hier unter ius gentium die allen Völkern gemeinsamen Rechtsgrundsätze verstanden haben sollte', jetzt schwerlich noch beipflichten können.

Meines Erachtens wird das ius gentium nicht überall in gleicher Weise zur Anwendung gelangt sein, sondern nur soweit das jeweilige Sonderrecht dafür Raum ließ. Siehe Bd. 1 S. 95. Deshalb brauchte auch das ius gentium nicht immer mit dem griechischen Rechte übereinzustimmen. So gut wie römisches Sonderrecht, konnte auch griechisches Sonderrecht die Anwendbarkeit des ius gentium ausschließen.

Von einem Eingreifen der römischen Gesetzgebung wissen wir nichts. Praxis und Wissenschaft scheinen sich selber geholfen zu haben.

Man ging schrittweise vor und faßte zunächst die emptio uenditio ins Auge, der sich dann anlehnte die locatio conductio.

Jedenfalls hat der Konsensualkontrakt unter Gesellschaftern und mittels Auftrages seine besondere Entwicklung gehabt, wie sich später zeigen wird.

Gajus hebt § 136 ausdrücklich hervor, daß die Konsensualkontrakte auch unter Abwesenden abgeschlossen wurden. Und das Bedürfnis, für den Vertragsabschluß eine Möglichkeit zu finden, die auch Abwesenden zugänglich war, wird jedenfalls für die Schaffung der Konsensualkontrakte eine mitwirkende Ursache gewesen sein.

Damit hängt weiter zusammen die Beziehung zum ius gentium. Vgl. III, 154a: iuris eo gentium est.

Bei drei Konsensualkontrakten — emptio uenditio, locatio conductio, societas — geht Ulp. fr. 19 de uerb. sign. 50, 16 zurück auf das συνάλλαγμα. In diesem Begriff haben wir aber wohl mehr eine spätere Anpassung als eine treibende Kraft zu erblicken. Schon früher versuchten es Aristo und Mauricianus hierauf beim do ut des wie do ut facias die ciuilis obligatio bzw. ciuilis incerti actio zu stützen. Vgl. Ulp. fr. 7 § 2 de pactis 2, 14 und dazu Präscriptio S. 68.

Nach Beseler, Beiträge Heft 2 S. 158 wäre das in der letztern Stelle zweimal vorkommende συνάλλαγμα interpoliert, vielleicht auch in der erstern Stelle der das συνάλλαγμα enthaltende Satz eingeschoben.

Für Interpolation von Wort und Gedanken des συνάλλαγμα in beiden Fällen ist auch eingetreten P. de Francisci in seinem Werke über Συνάλλαγμα, wie ich entnehme der Rezension von Partsch, Z. R. G. Bd. 48 S. 338, der in dieser Beziehung Bedenken äußert.

37. Arra. III, 139.

Die arra erscheint bei Gajus als Begleiterin eines Konsensualkontraktes, der emptio et uenditio: sie sei ein Zeichen, daß dieser Kontrakt zustande gekommen. Aehnlich drückt sich Gajus aus lib. 10 ad ed. prou. fr. 35 pr. de contr. empt. 18, 1: Quod saepe arrae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conuentio nihil proficiat, sed ut euidentius probari possit conuenisse de pretio. Ob dies die ursprüngliche Auffassung?

1. Ich halte die Klagbarkeit des formlosen Konsensualkontraktes, insonderheit des formlosen Kaufgeschäftes, für eine verhältnismäßig junge Rechtsbildung, die ich erst dem Beginne des Prinzipates überweisen möchte. Ich habe diese Ansicht bereits in meiner Argentaria stipulatio S. 25 flg. näher zu begründen versucht; da es sich dort aber nur um einen Nebenpunkt handelte, mir eine umständlichere Behandlung vorbehalten.

Dazu dürfte sich hier, wo ich mich hauptsächlich mit dem Kaufe zu beschäftigen habe, bald die Gelegenheit bieten: siehe Erkl. 39.

Von diesem Standpunkte aus werden wir dazu getrieben: die arra nicht anzusehen als eine Begleiterscheinung neben dem konsensualen Kaufe, sondern sie aufzufassen als einen Vorläufer dieses Konsensualkontraktes. Und wenn bei Gajus in dem Nam-Satze das Nebeneinander zum Ausdruck gelangt, so ladet doch der voraufgehende Satzbau ein zu einer Betrachtung ganz anderer Art.

Der Kauf kommt zustande durch Vereinbarung des Preises. Das ist die neue Anschauung, der neue Konsensualkontrakt.

Er kommt zustande, obwohl der Preis noch nicht gezahlt worden. Das ist der Anklang an eine alte Anschauung. Die mancipatio war von Haus aus ein ernstlich gemeintes Doppelgeschäft: siehe Bd. 1 S. 191. Daraus folgt, daß eine einfache Stundung des Kaufpreises ursprünglich nicht möglich war: es muß ein gegenseitiges Nehmen und Geben stattfinden.

Der Kauf kommt zustande, auch wenn nicht einmal eine arra gegeben worden. Das ist andererseits eine Abschwächung des voraufgehenden Gedankens. Es braucht keine Vollzahlung stattgefunden zu haben, es hatte auch schon rechtliche Bedeutung, wenn etwa einen Teil des Kaufpreises der Verkäufer als arra entgegennahm.

So lesen wir denn zwischen den Zeilen bei Gajus, daß es drei Entwicklungsstufen gab. In der Mitte steht die arra. Sie ist älter als der Konsensualkontrakt; und nur von diesem Gesichtspunkte aus dürfte für sie ein volles Verständnis zu gewinnen sein.

2. Die arra ist in neuerer Zeit mehrfach bearbeitet worden.

So wird angezeigt eine Untersuchung von Taubenschlag über Geschichte des Angels in polnischer Sprache, Krakau 1910.

Ferner von Pappulias Ἱστορικὴ ἐξέλεξις τοῦ ἀρραβῶνος ἐν τῷ ἐνοχικῷ δικαίῳ, Geschichtliche Entwicklung der arra im Obligationenrecht, Leipzig 1911.

Fast gleichzeitig erschien Calogirou, G., Die Arrha im Vermögensrecht, Leipzig 1911.

Die neueste Arbeit ist von Senn, F., in Nouvelle Revue hist. 1913 S. 575 flg.

Die drei letzten Arbeiten haben den Vorzug, daß sie sich nicht auf das römische Recht beschränken, sondern das griechische mitumfassen.

Die Schrift von Pappulias hat eingehend besprochen J. Partsch in den Göttingischen Gelehrten Anzeigen 1911 S. 713 flg.

Aeltere Litteratur siehe bei Leonhard in Pauly-Wissowa, R. E. Bd. 2 Sp. 1219 flg.

Für Aegypten kommt in Betracht Mitteis, Grundzüge, Erste Hälfte S. 184 flg.

Nebenbei berührt die Arra Pringsheim, Der Kauf mit fremdem Geld S. 2 flg. 39 Anm. 3. S. 82. 114.

3. Arra ist Abkürzung von arrabo. Das Wort stammt aus dem Hebräischen ērābōn und ist durch Vermittelung des griechischen ἀῤῥαβών auch von den Römern übernommen: Walde, Et. Wörterbuch² S. 62. Allem Anscheine nach steht demnach eine Rechtsbildung in Frage, die dem internationalen Handelsverkehr ihren Ursprung verdankt.

Die arra der spätern Zeit macht einen etwas verkümmerten Eindruck: Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 521. Man hat sie beibehalten, weil sie einmal da war; hätte vielleicht auch ohne sie fertig werden können. Oder: die arra hat im weiten römischen Reiche in verschiedenen Gegenden eine verschiedene Entwicklung durchgemacht.

Bei Plautus ist sie eine gewöhnliche Begleiterin der Kaufgeschäfte. Sie besteht in einer Anzahlung auf den Kaufpreis, die zum Teil recht beträchtlich ausfällt. Aber dieser Anzahlung entspricht keine Uebergabe der Sache, diese bleibt vorläufig beim Verkäufer. Vgl. z. B. Mostellaria III, 1 V. 115 (634); IV, 2 V. 62 (966); IV, 3 V. 18 (999). In diesem Sinne

sagt noch Varro de ling. Lat. 5, 175: arrabo sic data, ut reliquum reddatur.

Nach Bechmann a. a. O. S. 525 soll dies sein eine antizipierte Zahlung sofort beim Vertragsabschlusse. Meines Erachtens haben wir uns den klagbaren Konsensualkontrakt zunächst fortzudenken.

Darum brauchen wir aber noch nicht auf alle und jede rechtliche Bedeutung der arra zu verzichten. Ganz im Gegenteil. Der angegebene Gesichtspunkt dürfte die arra unserm Verständnis nur näher bringen.

Die Anzahlung gibt dem Verkäufer dafür einige Gewähr, daß die Restzahlung nicht ausbleibt. Eher gibt er die verkaufte Sache nicht heraus und hat dies nicht nötig. Wird der Rest nicht gezahlt, so ist die Anzahlung dem Verkäufer verfallen.

Wie nun, wenn der Käufer bereit ist, den Rest zu zahlen, der Verkäufer die Sache aber nicht herausgeben will? Unmöglich kann man ihm gestatten, dann die Anzahlung zu behalten. Aber ist mit deren Zurückgabe schon genug geschehen? Den säumigen Käufer trifft eine Strafe. Was dem einen recht, ist dem andern billig. So gelangen wir zu einer Verurteilung ins Doppelte.

Das wäre freilich eine arra ganz anderer Art als diejenige, welche wir bei Gajus antreffen. Das Vorhandensein einer solchen darzutun, bereitet gerade keine Schwierigkeiten. Es ist die arra des Justinianschen Rechtes, die man wohl poenitentialis zu nennen und ihr die arra bei Gajus als confirmatoria gegenüberzustellen pflegt. Die beiden Hauptstellen für diese arra sind: c. 17 de fide instr. 4, 21 vom Jahre 528 und I. I. III, 23 pr.

Aber dürfen wir denn diese arra des Justinianschen Rechtes schon der alten Zeit überweisen? Das wäre zunächst zu erörtern.

4. Eine Neuschöpfung des Justinianschen Rechtes ist diese arra poenitentialis keineswegs. Es heißt auch ausdrücklich c. 17 § 2 ut et in posterum. Aber sie tritt hier in den Vordergrund. Sie ist zulässig, mag der Kauf schriftlich oder

ohne Schrift abzuschließen sein: si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt siue in scriptis siue sine scriptis. Dagegen die arra confirmatoria bei Gajus wird beschränkt auf das mündliche Kaufgeschäft. I. I. III, 23 pr.: sed haec quidem de emptionibus et uenditionibus, quae sine scriptura consistunt, optinere oportet. Die Turiner Institutionenglosse macht dazu die ganz richtige Bemerkung, daß dieses Zeichen auch trügen könne. Denn so ist doch wohl zu verstehen: Nota, arrarum dationem argumentum non firmam uenditionis constitutionem.

Allerdings ist die arra poenitentialis immer nur möglich, wenn der Kaufvertrag noch nicht abgeschlossen. Denn neben einem fertigen Kaufvertrage ist diese arra ihrer Natur nach ausgeschlossen. Insofern spricht auch Justinian c. 17 pr. von einem contractus dationis arrarum.

Vor Justinian treffen wir diese arra poenitentialis schon an im sog. Syrisch-Römischen Rechtsbuch, den Leges Constantini Theodosii Leonis. Hier heißt es L. 51: 'Wenn ein Mann eine Sache kauft und gibt als Arrha eine Summe Geldes, und der Verkäufer tritt zurück, so befiehlt das Gesetz, daß er die Arrha, die er bekommen, verdoppele gemäß der Summe Geldes. Wenn aber der Käufer zurücktritt, so verliert er seine Arrha'.

Bruns S. 216 nimmt an dieser Stelle lebhaften Anstoß. Er geht aus von der arra confirmatoria und meint: 'Ein Reurecht und eine Strafe kann nur durch besondere Verabredung damit verbunden werden'.

Indessen da fertiger Kaufvertrag und arra poenitentialis zwei miteinander unverträgliche Dinge sind, so ist doch sehr wohl ein Rechtszustand denkbar, wonach eine Arra, deren Gegenstand eine Summe Geldes, ohne weiteres als Reuarra aufgefaßt wird.

Ich finde auch nicht, daß P. 21 einen wesentlich andern Inhalt hätte. Denn mit dem Zwischensatze 'so ist es dem Käufer oder Verkäufer nicht erlaubt, daß er zurücktritt', wird

nur auf die dann nach Abs. 2 eintretenden Nachteile hingewiesen.

Für Aegypten kommt vor allen Dingen in Betracht C. P. R. 19 = Mitteis 69 aus dem Jahre 330 n. Chr. Hier beantragt die Verkäuferin Aurelia Demetria Zle 22 flg.: der Käuferin Eys aufzugeben die Auszahlung des Kaufgeldrestes gegen Uebernahme der verkauften Grundstücke; falls sie dies nicht tue, ihr die Arra abzusprechen: εἰ μὴ τοῦτο ποιήσιεν, ἀπολέγεσθαι αὐτὴν τοῦ ἀραβῶνος.

Auch hier handelt es sich offenbar um eine Reuarra: siehe Mitteis S. 186.

Sodann ist B. G. U. 446 Zle 17 vom Jahre 158/9 nach Chr. bemerkenswert der ἀραβώνων νόμος. Darunter ist mit Mitteis S. 185 ein Landesgesetz zu verstehen, das in Aegypten über die Arra bestanden haben muß.

Es scheint diese Reuarra, der wir in Aegypten begegnen, ebenfalls griechischen Ursprunges zu sein, und hier durch ein besonderes Landesgesetz, wenn nicht eingeführt, doch näher festgestellt zu sein.

5. Auf dieses griechische Recht wäre jetzt noch näher einzugehen. Dabei bemerke ich, daß mir die Schrift des Pappulias nicht zur Hand war, auch das, was Partsch daraus mitteilt, für meine Zwecke genügen dürfte.

Für das altgriechische Recht kommt vor allen Dingen in Betracht ein Bruchstück des Theophrast bei Stobaeus Ἀνθολόγιον, Ausgabe von Wachsmuth und Hense Bd. IV cap. 2 § 20. Hier ist die Rede von einer Wirkung εἰς δὲ τὴν παράδοσιν καὶ εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν, ὅταν ἀρραβῶνα λάβῃ. Diese Worte deutet Pappulias auf eine obligatorische Wirkung des Kaufgeschäftes, dergestalt, daß der Käufer die Klage auf Lieferung der Sache, der Verkäufer die auf Zahlung des Kaufpreises habe. Beiderlei Ansprüche wären aber nur binnen einer kurzen, oft nur einen Tag dauernden Frist zulässig gewesen.

Demgegenüber heißt es bei Partsch S. 715: 'Vielmehr muß das altgriechische Recht der Arrha eben auf einem Rechts-

zustande gewesen sein, der noch nichts davon weiß, daß aus dem mit Arrha geschlossenen obligatorischen Geschäfte der Verkäufer auf Leistung der Ware belangt und zu deren Leistung gezwungen werden kann, daß andererseits der Käufer auf Grund des Arrhageschäftes auf Zahlung des Kaufpreises belangt werden kann. Warum wissen die Papyri der hellenistischen Zeit nichts von solchem Anspruch des Käufers auf Lieferung der Sache, von einem Anspruch des Verkäufers auf Zahlung? — Immer findet sich nur die Haftung, die an die Arrha anknüpft. Der Verkäufer, der nicht leistet, wird zur Zahlung der doppelten Arrha verurteilt, der Käufer, der nicht den Preis anbietet und Tradition verlangt, verwirkt die gezahlte Arrha'.

Das wäre genau derselbe Rechtszustand, wie ich ihn Argentaria stipulatio S. 26 schon geschildert habe für die Zeit des Plautus. Hier heißt es:

'Mit rechtlichen Wirkungen haben wir es allerdings bei Plautus schon zu tun. Vor allen Dingen kommt in Betracht das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers: willst Du mir die Sache zu dem vereinbarten Preise nicht abnehmen, so behalte ich die Anzahlung. Wir haben auch schon eine Klagbarkeit, nur keinen klagbaren Konsensualkontrakt. Dem Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers entspricht die Klagemöglichkeit des Käufers: willst Du mir die Sache nicht überlassen, so gib mir das Gezahlte zurück. Und wenn es dann zur Klage kam, erfolgte eine Verurteilung ins Doppelte. Ist keine Anzahlung erfolgt, so fehlen die rechtlichen Wirkungen. Zurückbehaltungsrecht wie Klagemöglichkeit setzen eine Vorleistung voraus. Und diese Vorleistung ist die Arrha'.

Ich habe in dieser Beziehung verwiesen auf Plaut. Pseud. 4, 7 u. 87 (1166); Most. 5, 1 u. 50 (1005); Curc. 1, 1 u. 63. 64. Diese und andere Stellen werden mich unten Erkl. 39 noch näher beschäftigen müssen.

P a p p u l i a s hat ebenfalls aus Plautus' Pseudolus den Schluß gezogen: 'daß auch das republikanische Recht die arrha poenitentialis beim Kauf gekannt habe'.

Dagegen erhebt Partsch S. 722. 723 Einwendungen: 'daß wir . . in diesem Punkte aus Plautus allein keinen Schluß auf römische Rechtsübung wagen dürfen. Wozu sollte auch die Arrha als Haftung aus dem Schuldvertrage in Rom nötig gewesen sein? — Die Entwicklung einerseits des altcivilen Stipulationsrechtes, andererseits die auch wohl sehr alte Ausbildung des Konsensualkaufes im ius ciuile mußte die Arrha hier in ihrer griechischen Funktion überflüssig machen'.

Den Vorgang bei Plautus' Pseudolus erklärt Partsch S. 719 in der Weise: daß hier 'das griechische Vorbild getreulich vom lateinischen Dichter nachgebildet ist'.

Wenn es nun aber einen Konsensualkontrakt noch gar nicht gab? Die Stipulation war nur eine Begleiterin der emptio uenditio. Eine solche Stelle hätte auch die arra einnehmen können: zumal die reale Sicherheit, welche diese darbot, durch die Stipulation des Käufers nicht gewährt wurde.

Mit Pappulias erklärt Partsch die arra für 'ein griechisches Rechtsinstitut, das in Rom mit dem griechischen Geschäftsverkehr bekannt wurde'. Darauf sollen hindeuten: 'der griechische Name, die Anlehnung Varros . . die Bedeutung der Arrha als vorschußweise Zahlung'.

Damit hätten wir zwar die Umrisse für die Arra, aber noch nicht ihre eigentümliche Wirkung: gewissermaßen einen Rahmen, in dem das Bild noch fehlt. Warum sollten denn die Römer bloß den Rahmen hinübergenommen, das Bild aber bei den Griechen zurückgelassen haben? Diese Frage drängt sich um so gebieterischer auf, sobald wir uns den Konsensualkontrakt hinwegdenken.

Calogirou S. 69 nimmt zwar an: 'daß am Anfang des I. Jahrhunderts das consensu contrahitur insbesondere beim Kauf noch nicht festen Fuß gefaßt hatte'; beschränkt sich aber nach S. 4: 'zunächst auf die Untersuchung der arrha confirmatoria, d. h. der einzigen Arrha des römischen Rechts der klassischen Zeit'. Auf diese Weise gelangt er S. 70 zu dem Schlusse: 'wo die Rechtsordnung das consensu con-

trahitur nicht kennt, ist auch an eine Arrha . . gar nicht zu denken'.

Das kann sich doch immer nur beziehen auf die Arra 'als Zeichen des Zustandekommens', wie dies auch Calogirou ausdrücklich hervorhebt. Daneben wäre schon für die Zeit der Republik eine Arra in anderer Bedeutung sehr wohl möglich gewesen.

In Anlehnung an Calogirou behauptet Hugo Krüger, Z. f. d. Pr.rt. u. öff. Rt. Bd. 40 S. 281. 282: 'was Gajus III, 139 über die römische arrha bemerkt, mußte er Griechen oder vielmehr Römern in griechischen Landen auseinandersetzen, weil das griechische Recht nur den Barverkauf als vollgültig kannte und die griechische arrha eine andere Bedeutung hatte; wer da wohnte, kannte die letztere aus dem täglichen Verkehr'.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Pringsheim S. 82 unsrer Stelle gegenüber ein.

So könnte man sie denn verwerten wollen für die Ansicht, daß Gajus in Griechenland lebte und wirkte. Mir ist aber zweifelhaft, ob der fragliche § 139 nicht bereits der Gajanischen Vorlage angehörte. Auf alle Fälle dürfte sein Inhalt sich in erster Linie anschließen an die Entwicklung der römischen arra.

Senn S. 577 sieht nicht ein: que la remise des arrhes ait été exclusivement, en droit classique, un moyen de preuve de la conclusion du contrat. Elle l'est dans tous les cas; mais elle ne l'est pas uniquement.

S. 580 bemerkt er: la dation d'arrhes constitue une dation de gage, will aber dieses Pfand vom pignus unterschieden wissen.

S. 596 flg. wird näher eingegangen auf das griechische Recht: insonderheit auf die Stelle des Stobaeus sowie den νόμος τῶν ἀρραβώνων.

Die Neuerung Justinians erblickt Senn S. 622 darin: daß die Reuarra sich Geltung verschaffte, sans qu'aucune convention expresse soit nécessaire.

6. Ich stelle die Ergebnisse kurz zusammen.

Unsern Ausgang haben wir zu nehmen von der arra poenitentialis, nicht der arra confirmatoria.

Die Reuarra treffen wir schon an bei Theophrastos (372 bis 287). Die Griechen empfingen sie vermutlich von den Semiten, und von Griechenland aus übertrug sie sich weiter auf Rom.

Die Plautusstellen spiegeln wider das wirkliche Rechtsleben. Die Arra ist eine Anzahlung auf den Kaufpreis. Sie ist älter als der Konsensualkontrakt, hat diesem aber vorgearbeitet.

Die Arra verschwindet nicht mit der Klagbarkeit des Konsensualkontraktes, macht aber in den Zeugnissen aus der klassischen Zeit einen etwas verkümmerten Eindruck. Man gibt kleine Summen oder sonstige Kleinigkeiten, die keine wesentliche Sicherheit mehr darbieten. Man betrachtet die Hingabe derselben jetzt als ein Zeichen, daß es zum Abschlusse des Konsensualkontraktes gekommen sei. Gleichzeitig mag sie die Entwicklung befördert haben: es bedarf zum Abschluß eines Konsensualkontraktes keiner bestimmten Worte, es genügt stillschweigende Erklärung.

Das wäre eine Entwicklung in absteigender Linie, die sich aber im weiten römischen Reiche nicht überall in gleicher Weise vollzog. Das beweist für Aegypten der νόμος τῶν ἀρραβώνων und für andere Gegenden das Syrisch-Römische Rechtsbuch. Dieser Richtung schließt sich Justinian an, der die Reuarra wieder in den Vordergrund stellt. Dabei ist bemerkenswert die Scheidung zwischen mündlichen und schriftlichen Verträgen: die eine Behandlung stimmt besser mit römischer, die anderer besser mit griechischer Anschauung überein.

Reuarra und fertiger Kauf vertragen sich nicht miteinander, so entsteht denn ein neuer contractus dationis arrarum. Man weiß noch nicht, was daraus wird: ob der eine oder andere Teil vom Reurecht Gebrauch macht. Erst wenn hierüber Gewißheit vorhanden, ist das Schicksal des Kaufgeschäftes entschieden.

38. Kauf und Tausch. III, 141.

Der Kauf hat sich aus dem allgemeinen Tauschgeschäfte entwickelt. Beim Kaufe tritt uns der formlose Konsensualkontrakt entgegen; beim sonstigen Tauschgeschäfte hat sich die reale Grundlage erhalten. Paul. fr. 1 § 2 de rer. perm. 19, 4: emptio ac uenditio nuda consentientium uoluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet.

1. Es bestand eine Streitfrage zwischen Sabinianern und Proculejanern: ob beim Kauf der Preis auch eine andere Sache als Geld sein könne. Die Sabinianer bejahten, die Proculejaner verneinten. Eine Mittelmeinung versuchte Cälius Sabinus, der es auch nicht an Anhängern gefehlt haben kann, denn eine Anwendung derselben — oder vielleicht genauer: ein Anklang an dieselbe — tritt uns noch entgegen in c. 1 de rer. perm. 4, 64 vom Jahre 238: siehe darüber Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 171. Die Ansicht der Proculejaner hat den Sieg davon getragen: § 2 I. I. III, 23.

2. Die Streitfrage war die: ob der Tausch von Waren auch Kauf sei. Nicht die: ob man den Kauf vom Tausche abzusondern habe. Diese Absonderung war längst geschehen, sie tritt uns z. B. entgegen beim ädilizischen Edikte. Ferner gehört vielleicht hierher Lex a uicanis Furfensibus templo dicta vom Jahre 696/58 bei Bruns-Gr.[7] n. 105 Zle 12: Quod emptum erit aere aut argento. Und diese Absonderung war älter als der Konsensualkontrakt.

Als sich dann aber beim Kaufe der formlose Konsensualkontrakt festgesetzt hatte, wollten die Sabinianer den Tausch hieran ebenfalls teilnehmen lassen: also eine Einheitlichkeit zurückerobern, die man wohl nicht bloß wirtschaftlich längst aufgegeben hatte. Dagegen wehrten sich die Proculejaner: vgl. Bechmann a. a. O. Bd. 1 S. 4 flg.

3. Wenn wir demnach dieser Streitfrage nichts entnehmen können für die Zeit, wann sich der Kauf vom Tausche losgelöst haben möge, verhält es sich anders mit dem formlosen

Konsensualkontrakte. Wenn die Streitfrage, ob der formlose Konsensualkontrakt auf den Tausch mitauszudehnen sei, erst beim Beginne des Prinzipates auftaucht, so liegt die Vorstellung nahe, daß der Kauf als formloser Konsensualkontrakt damals noch nicht alt gewesen sein könne. So würden wir dazu geführt, den Ursprung der formlosen Konsensualkontrakte in die Zeit zu verlegen, wo der Prinzipat seinen Anfang nahm.

4. Diese Scheidung zwischen Tausch und Konsensualkontrakt könnte auch noch ihre Entwicklung gehabt haben, sie braucht uns nicht gleich als ein fertiges Etwas entgegenzutreten.

Wenn heutzutage jemand eine Ware bezahlt, bevor er sie erhalten, so betrachten wir diese Zahlung selbstverständlich als Berichtigung einer Kaufschuld. Wir stimmen demnach ganz überein mit Paul. fr. 5 § 1 de praesc. uerb. 19, 5: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et uenditio est.

Diese Vorstellung hat sich aber bei den Römern erst herausarbeiten müssen. Aelter war eine andere Auffassung, die in einer solchen Zahlung nicht Tilgung einer Schuld, sondern Begründung einer Gegenforderung erblickte. Noch Celsus war zweifelhaft, ob ein solches Geschäft nach Analogie des Kaufes zu behandeln sei. Er neigt mehr dazu, eine condictio ob causam datorum zu gewähren, also auch wohl zur Annahme eines Innominatkontraktes. Vgl. Ulp. fr. 7 § 2 de pact. 2, 14: eleganter Aristo Celso respondit und dazu Präscr. S. 68. Darin haben wir eine Nachwirkung früherer Anschauungen zu erblicken.

Es heißt bei Celsus fr. 16 de cond. c. d. 12, 4: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus proportione emptionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod procliuior sum.

So weit ist die Stelle jedenfalls nicht interpoliert. Dies hebt mit Recht hervor Bekker, Z. R. G. Bd. 43 S. 54 flg.

Außerdem haben sich in neuerer Zeit mit dieser Stelle beschäftigt: Rabel, Haftung des Verkäufers S. 121 flg.;

Schloßmann, Z. R. G. Bd. 37 S. 181 flg.; Erman, Z. R. G. Bd. 38 S. 464 flg.; Bechmann-Oertmann, Kauf Bd. 3 Hälfte 2 S. 83 flg.

39. Emptio uenditio. III, 139—141.

Emere heißt 'nehmen'. Vendere ist herzuleiten von uenum dare: Sommer, Handbuch[2] S. 285. Venum heißt 'Preis', 'Wert': Stolz, Hist. Gr. Bd. 1 S. 478. Das uenum ist aber nicht als eigentlicher Objektsakkusativ zu nehmen, so daß uendere bedeutete 'einen Preis geben'. Denn zu dem uenum dare tritt in dem rem ein zweiter Akkusativ hinzu, der das Objekt darstellt. Also wäre uenum nur eine nähere Bestimmung des dare 'ein Geben als Preis'. Einen Gegensatz würde bilden das Geben als Schenkung. Dem entspräche uenum ire = uenire 'als Preis, Wert gehen'.

Weder das eine noch das andere Wort hat eine besondere Beziehung zum Käufer oder Verkäufer. Der Käufer ist so gut ein Nehmer wie der Verkäufer, der Käufer gibt so gut einen Wert wie der Verkäufer. Auch berichtet Gajus fr. 19 de act. empti uend. 19, 1: daß die Alten uenditio, emptio so gut von dem Einen wie dem Andern gesagt hätten. Noch Julian fr. 7 § 4 pro emptore 41, 4 nennt einen Verkäufer emptor.

Ebensowenig steckt in den Worten emere, uendere irgend etwas, das auf einen klagbaren Konsensualkontrakt hinwiese. Seit wann sich die emptio uenditio zu einem klagbaren Konsensualkontrakt entwickelt hat, soll jetzt näher untersucht werden.

1. Bekker, De emptione uenditione pag. 5 hat behauptet, daß die emptio uenditio zur Zeit des Plautus noch keine Klage erzeugte. Genauer: es gab aus einem Konsensualkontrakte der emptio uenditio noch keine Klage auf Erfüllung. Dies haben bestritten Demelius, Z. R. G. Bd. 2 S. 201 flg.; Karlowa, Der röm. Civilpr. z. Z. d. Legisakt. S. 132 flg. und R. RG. Bd. 2 S. 613; M. Voigt, Das ius naturale Bd. 4 S. 539 flg. und R. R. G. Bd. 1 S. 625 flg.

Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 505 flg. Die Hauptstellen hat Bechmann einer eingehenden Betrachtung unterzogen.

a) Zunächst wäre wieder anzuknüpfen an die arra, die mich schon Erkl. 37 beschäftigt hat.

Im Rudens bildet den Gegenstand des Kaufes eine vermeintliche Sklavin. Der Käufer Pleusidippus hat eine arra gegeben. Es kommt zur Klage. Das Ergebnis derselben verkündet uns der Leno V, 1 V. 3 (1283) mit den Worten: Abiudicata a me modo est Palaestra, perditus sum. Den Grund der Klage ersehen wir aus III, 6 V. 23. 24 (861. 862): Quin arrabonem a me accepisti ob mulierem, et eam hinc abduxti? Du hast von mir eine Arra angenommen und trotzdem das Mädchen weggeführt. Also: hättest Du keine Arra angenommen, so hätte ich keine Klage. Mithin erzeugt der bloße Abschluß des Kaufes noch keine Klage.

Worauf geht nun die Klage? Schon Bechmann a. a. O. S. 513 meint: auf die Wiedererlangung des gezahlten Geldes. Und zwar ging die Verurteilung nach meinem Dafürhalten aufs Doppelte. Das abiudicare ist jedenfalls nicht wörtlich zu nehmen.

Im Pseudolus hat der Kuppler eine Sklavin an einen Soldaten für 20 Minen verkauft. Darauf sind 15 Minen angezahlt. Der vom Soldaten abgesandte Sklave bringt den Rest und fragt verlangend IV, 7 V. 87 (1183): Quin tu mulierem mi emittis aut redde argentum. Schließlich ist er mit dem Gelde zufrieden und der Kuppler erklärt sich bereit, zu zahlen. IV, 7 V. 132 (1230): sequere sis me ergo hac ad forum, ut soluam. Also gütliche Erledigung.

Im Curculio hat der verkaufende Kuppler keine Anzahlung bekommen und hält sich deshalb in keiner Weise für gebunden. Vgl. I, 1 V. 63. 64: Alias me poscit pro illa triginta minas, alias talentum magnum.

Den Hauptnachdruck legt Bechmann auf den Fall in der Mostellaria. Der Sklave Tranio hat seinem Herrn Theopropides vorgeschwindelt, sein Sohn Philolaches habe dem

Simo dessen Haus abgekauft und 40 Minen als Arra gegeben; Simo bereue aber den Kauf und wolle gern wieder davon loskommen. Allerdings wäre das Geschäft in gewisser Weise bindend, weil eine Arra gegeben. Und wenn es V, 1 V. 50 (1099) heißt: Tanto aput iudicem hunc argenti condemnabo facilius, so wäre bei einer Verurteilung, die aufs Doppelte ginge, die ganze Entwicklung gar nicht so frostig.

So erklärt sich bis jetzt, vom Gesichtspunkte der Arra aus betrachtet, alles auf einfache und natürliche Weise. Jedenfalls bieten die herangezogenen Stellen nicht entfernt eine feste Grundlage für den Satz dar, daß die emptio uenditio zu Zeiten des Plautus schon ein klagbarer Konsensualkontrakt gewesen sei.

b) Einen andern Weg, um zu Klagen zu gelangen, den wir auch schon bei Plautus benutzt finden, bietet dar der Abschluß von Stipulationen, z. B.: versprichst Du mir die Rückgabe des Kaufpreises, wenn für die verkaufte Sklavin die Freiheit erstritten werden sollte? Vgl. Curc. IV, 2 V. 4—6 (490 bis 492); V, 2 V. 67—69 (667—669); V, 3 V. 31. 32 (709. 710).

Demnach dürfte aus Plautus sich die emptio uenditio als klagbarer Konsensualkontrakt nicht erweisen lassen. Dabei mag die Frage auf sich beruhen bleiben, inwieweit Plautus überhaupt als Zeuge für römisches Recht in Betracht kommen kann. Pringsheim S. 34 hat neuerdings Plautus den hellenistischen Quellen überwiesen. Das ist vielleicht nach der andern Seite hin zuviel gesagt.

2. Sodann sind die Formulare bei Cato für den klagbaren Konsensualkontrakt herangezogen. Betrachten wir uns einmal näher den Musterfall bei Cato de agri cultura 146.

a) Es handelt sich um den Verkauf eines Olivenanhanges: Oleam pendentem hac lege uenire oportet. Der Auktionator läßt ausrufen: olea pendens in fundo Venafro uenibit. Darauf werden die Verkaufsbedingungen bekannt gemacht.

Zum Kaufgelde tritt hinzu ein Zuschlag von einem Prozent

Das ist die Gebühr für den Auktionator, die wir z. B. auch antreffen in der lex metalli Vipascensis Bruns-Gr.[7] n. 112 Zle 1—3. Vgl. Argentaria stipulatio S. 5—6. 13—16. 34. 41.

Dann sind sofort an den Ausrufer 50 Sesterzen zu zahlen.

Weitere Nebenleistungen: 1500 Pfund oleum Romanicum, wohl gewöhnliches Oel; 200 Pfund frisches Oel; 50 Scheffel gefallene Oliven, 10 Scheffel gepflückte Oliven, beide mit dem Oelscheffel gemessen; 10 Pfund unguinis, siehe darüber verschiedene Erklärungen bei Schneider, Script. rei rust. tom. 1 pars 2 pag. 186. Diese Nebenleistungen kamen wahrscheinlich dem Eigentümer des Grundstückes zu. Jedenfalls sollte alles mit den Gewichten und Scheffeln des Eigentümers zugewogen bzw. zugemessen werden. Dazu zwei catulae von ? Der Text ist hier lückenhaft und verstümmelt.

Der Kaufpreis ist zu zahlen innerhalb zehn Monaten seit dem 1. November. Der Preis für die Olivenlese und Oelbereitung, mag diese Arbeiten der Verkäufer oder Käufer in Verdung gegeben haben, ist zu entrichten an den Iden des November. Auf den Verdung einer Olivenlese bezieht sich das Formular in c. 144. Auf den Verdung einer Oelbereitung das Formular in c. 145. Die Lese dauerte von Ende Oktober bis zum Januar. Die beste Zeit für Oelbereitung war Ende Dezember bis Mitte Januar: vgl. Magerstedt, Bilder aus der röm. Landwirtschaft Heft 4 S. 232 flg.; Blümner, Technologie Bd. 1 S. 328 flg.

Alle diese Verpflichtungen, die der Käufer zu übernehmen hat, sollen in Stipulationsform gebracht und dafür nach Ermessen des Eigentümers Sicherheit geleistet werden: recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitratu domini. Wegen des recte verweise ich auf Gneist, Formelle Verträge S. 188 flg.; M. Voigt, Ius naturale Bd. 4 S. 410 flg.

Bechmann, Kauf Tl. 1 S. 532 wirft die Frage auf: ob diese Stipulation so anzusehen sei, daß dadurch erst die

Forderung des Verkäufers Klagbarkeit erhalte. Es sei nicht schwer, mit Nein! zu antworten. Aber vielleicht mehr als kühn.

Bis zur erfolgten Zahlung bzw. geleisteter Sicherheit soll verpfändet sein, was aufs Grundstück gebracht worden. Ist etwas fortgeschafft, so soll es dem Eigentümer des Grundstücks gehören. Vgl. Wendt, Neuverträge S. 152 flg.

Hier möchte ich nun auf einen Punkt aufmerksam machen, der mir eine gewisse Bedeutung zu haben scheint. Im vorigen Satze war die Rede von einem promittito satisque dato. Dem schließt sich unser Satz gleich an mit donicum solutum erit aut ita satis datum erit. Also im Satze vorauf wurde noch das promittere befohlen. Jetzt steht die Verpflichtung zu zahlen schon fest. So wird denn inzwischen der Abschluß einer Stipulation erfolgt sein.

In meiner Arg. stip. S. 38 ging ich von der Voraussetzung aus: man werde sich 'wohl Zeit genommen haben, die Abfassung der Stipulation nach allen Richtungen zu besprechen und mit den erforderlichen Klauseln zu versehen'.

Nötig ist diese Annahme aber durchaus nicht. Es handelt sich um eine Auktion. In der Frage des Ausrufers und der Antwort des Bieters haben wir schon eine Stipulation vor uns. Siehe Arg. stip. S. 39. Und der nähere Inhalt dieser Stipulation ist bereits gegeben durch die Verkaufsbedingungen. Zum Kaufgelde tritt hinzu die Gebühr für den Auktionator und Ausrufer sowie sonstige Nebenleistungen.

Es folgen weitere Bestimmungen.

Fässer, Oelquetschen, Stricke, Leitern, Oelpressen, und wenn noch sonst etwas gegeben, soll der Käufer nach Art eines rechtschaffenen Mannes unversehrt wiedergeben, es müßte denn aus Altersschwäche gebrochen sein. Gibt er nicht zurück, so soll er zahlen, was billig. Ueber den Unterschied zwischen torculum und trapetus vgl. Blümner a. a. O. S. 332 flg.

Wenn der Käufer den Sammlern und Pressern, die dort gearbeitet, nicht gezahlt hat, so kann der Eigentümer des Grundstücks denjenigen, der eine Forderung hat, befriedigen. Diesen

Betrag soll der Käufer dem Eigentümer schuldig sein und dafür Sicherheit leisten. Ebenso soll in dieser Beziehung das Eingebrachte als Pfand dienen.

Bechmann macht für seine Auffassung geltend, daß die Stipulationsklausel nicht am Schlusse stehe. Es ist indes zu bedenken, daß diese Formulare noch nach Cato angewandt wurden und vermutlich Zusätze erhielten: vgl. Bekker, Ztschr. für Rtsgesch. Bd. 3 S. 435. Den von den Sammlern und Pressern handelnden Schlußsatz hält Bechmann schon selber für einen Nachtrag.

Dabei wäre zu beachten, daß dieser Schlußsatz sich in Widerspruch setzt mit der olea legenda facienda quae locata est. Nach dem Schlußsatze hat der Käufer Dienstverträge mit einzelnen Arbeitern abgeschlossen. Zu Anfang ist dagegen die Olivenlese und Oelbereitung, sei es nun vom Verkäufer oder Käufer, einem Unternehmer als Werk in Verdung gegeben. In einem Falle wird ein Werkvertrag, in einem andern Dienstmieten abgeschlossen. Oder sollten wir bei den einzelnen Arbeitern ebenfalls an Werkverträge zu denken haben?

Sodann hat die erforderlichen Gerätschaften bald der Käufer mitgebracht, bald der Verkäufer geliefert. Für den einen Fall gilt das pigneri sunto, für den andern Fall das aequom soluito. Hier wäre denkbar, daß der Verkäufer die Gerätschaften nur teilweise hergab.

Die zuletzt angeführten Bestimmungen von uasa torcula an sind vermutlich erst später angereiht worden. Ebenso könnten die voraufgehenden Sicherheiten der Zwischenzeit später angefügt sein. Dann hätte einmal das promittito satisque dato arbitratu domini den Schluß des Formulars gebildet.

Eine eigentliche Stipulationsklausel steht aber zunächst gar nicht in Frage, sondern nur eine Aufforderung, ein Befehl, eine Stipulation abzuschließen. Und dieser Aufforderung wird vom Meistbieter nachgekommen sein, wie aus dem weitern Inhalt der Urkunde ersichtlich.

Bechmann macht ferner geltend, daß in den Formularen

über den Kauf der Traubenernte und des Weines im Fasse, c. 147 u. 148, eine Stipulation nicht vorkomme. Aber beide Formulare schließen mit dem Satze: cetera lex, quae oleae pendenti, und verweisen damit auf den Stipulationsbefehl sowie was aus dem sich anschließenden Inhalt folgt.

Dem donicum solutum erit aut ita satisdatum erit in c. 146 entspricht c. 150: donec domino satis fecerit aut soluerit. Und ähnlich heißt es c. 149 donicum pecuniam satis fecerit aut delegarit. Ich möchte aber hier das delegare nicht mit Bechmann auf eine Stipulation beziehen, wenigstens nicht bloß, sondern lieber und in erster Linie in Beziehung setzen zum delegare beim nomen transscripticium: der Käufer überweist in Gemäßheit von III, 130 seinen Bankier als Schuldner.

b) Die Sachlage wäre demnach diese. Ein Olivenanhang soll versteigert werden. Die Bedingungen, unter denen dies geschieht, werden bekannt gemacht. Darin ist gesagt, daß der Käufer sich stipulationsweise verpflichten müsse.

Der Abschluß einer solchen Stipulation, falls sie nicht schon mit der Antwort des Bieters gegeben sein sollte, konnte nicht früher verlangt werden, als bis dem Käufer der Zuschlag erteilt war. Ob es Mittel gab, sie rechtlich zu erzwingen, lasse ich dahingestellt sein. Wer am Meistgebot geblieben war, wird sich wohl nur selten geweigert haben, eine derartige Stipulation zu vollziehen. Schwierigkeiten hätte allerdings die Sicherheit bereiten können: satisque dato arbitratu domini.

Aber mit einer solchen Stipulation sind wir noch nicht gar weit gekommen. Hauptsache bleibt die Gegenleistung des Verkäufers. Von rechtlichem Zwange wäre auch hier wohl zunächst abzusehen. Der Käufer, welcher den Zuschlag erhalten, vertraut darauf, daß der Verkäufer erfüllen werde. Rechtliche Wirkungen kommen erst zum Vorschein, wenn von einer Seite wenigstens mit der Erfüllung der Anfang gemacht ist. Bei Plautus geschieht dies vom Käufer mit der Anzahlung, hier vom Verkäufer.

Der Verkäufer hat dem Käufer zu gestatten, daß er sein Grundstück betritt, um die Oliven zu ernten und zu pressen. Daß der Verkäufer hiermit vorangeht, sehen wir schon aus der weiten Hinausschiebung des Hauptpreises. Zudem erhellt dies deutlich aus dem Satze: donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunto. Der Käufer ist also schon mit seinen Gerätschaften auf dem Grundstück und bereits bei der Arbeit, einstweilige Sicherheit bieten dem Verkäufer die Gerätschaften.

Bechmann legt schon überall die einfache Verabredung zugrunde. Er führt eine ganze Reihe von Bestimmungen vor, wo die einfache Verabredung genügte.

Die Verpflichtung des Verkäufers im allgemeinen sei ausgesprochen mit olea pendens in fundo Venafro uenibit. Diese Worte begründen so wenig eine Verpflichtung des Verkäufers, wie wenn ein heutiger Auktionator ausrufen läßt: Dieses Klavier soll verkauft werden.

Ferner soll nach Bechmann für verschiedene besondere Verpflichtungen die einfache Verabredung genügt haben. Das ist schon ein Abweichen vom geraden Wege. Pacta kommen auch neben der Manzipatio vor. Vgl. z. B. formula Baetica bei Bruns-Gr.[7] n. 135 Zle 6: Pactum conuentum factum est. Auf die Hauptleistungen kommt es an: die Sachleistung des Verkäufers, die Preiszahlung des Käufers. Daß es in dieser Beziehung schon zur Zeit des Cato den konsensualen Kontrakt gegeben habe: dafür ist von Bechmann nicht der mindeste Beweis erbracht worden.

Und wie ist es um diese Nebenverabredungen eigentlich bestellt? Aus c. 146 führt Bechmann an: ne quid eorum de fundo deportato. si quid deportauerit, domini esto. Hier haben wir einmal dingliche Wirkung. Ferner gar keinen Vertrag, sondern einseitige Auflage. Ueberhaupt ist das ganze Formular als einseitige Auflage gedacht: hac lege uenire oportet. Wer den Olivengarten betritt, um die Oliven zu ernten, dem werden bestimmte Auflagen in Imperativform gemacht. Die Gerätschaften, die er einbringt, sollen dem Eigen-

tümer verpfändet sein; schafft er sie fort, so ist das Eigentum verfallen infolge dieser lex commissoria. Ebenso verhält es sich mit dem andern Satze, auf den sich Bechmann beruft: emtor domino debeto..

Es handelt sich hier überall gar nicht um ein pacisci, sondern ein legem dicere. Bechmann a. a. O. Bd. 1 S. 277 Anm. 3 will diesen Gegensatz freilich nicht zugeben. Statt legem dicere wird auch kurz gesagt lex bzw. dictum. Das legem dicere hat ein weites Gebiet: vgl. darüber Societas publicanorum Bd. 1 S. 117 flg. Bei rein privatrechtlichen Abmachungen scheint das legem dicere zunächst dazu gedient zu haben: eine Haftung abzuwenden z. B. für bestehende Lasten. Darin ist keimartig der andere Satz enthalten, daß solche Lasten in der Person des andern neu entstehen können. Endlich ist das Diktum benutzt worden, um eine Verpflichtung des Sprechenden zu begründen.

Das Formular in c. 146, auf das ich mich im wesentlichen beschränkt habe, enthält schon alte und neue Bestandteile. Dasselbe erscheint als eine Art Musterformular, auf das in c.c. 147. 148 zur Ergänzung hingewiesen wird. Andererseits wird es selber ergänzt durch die Formulare in c.c. 144. 145, wo es sich aber um eine locatio conductio handelt. Für emptio und uenditio kommt weiter noch in Betracht c. 150 Fructum ouium hac lege uenire oportet. In c. 149 Qua lege pabulum hibernum uenire oporteat handelt es sich sachlich um Verpachtung der Winterweide.

Das Bild, das sich uns hier dargeboten hat, ist das nachstehende. Das emere und uendere ist noch ein Nehmen und Geben. Freilich kein Geben mit der Hand, aber eine Erlaubnis sich zu nehmen.

Die Erlaubnis geht vorauf, das Nehmen beginnt. Die Hauptverpflichtung des Käufers bedarf der Stipulation. Die Erlaubnis des Verkäufers verbindet sich mit einem legem dicere. Also wir haben vor uns ein Nehmen und Geben mit dicta und promissa.

3. Ich reihe an das ädizilische Edikt. Als dasselbe erlassen, wird die emptio uenditio schwerlich schon ein Konsensualkontrakt gewesen sein. Gegenstand desselben sind Sklaven und Vieh, die zu Markt gebracht werden. Auf dem Markte pflegt man bar zu kaufen. Es findet ein gegenseitiges Nehmen und Geben statt. Als Klagen kennen die Aedilen nur redhibitoria und quanto minoris sowie diesen nachgebildete in factum actiones. Dem Geben und Nehmen kann sich anschließen ein dictum promissumue: Ulp. fr. 1 § 1 de aed. ed. 21, 1. Erst in einem späteren Anbaue, den das ädilizische Edikt erfahren, ist ein einzelnes Pactum mitherangezogen: Ulp. fr. 31 §§ 22. 23 de aed. ed. 21, 1. Näheres siehe Präscriptio und Pactum S. 151 flg.

Bechmann a. a. O. S. 398 bemerkt in bezug auf das ädilizische Edikt, daß es sich 'nicht an den Kontrakt, sondern an den Vollzug' anschließe. Meines Erachtens ist hier vom Kontrakt, d. h. dem formlosen Konsensualkontrakt zunächst vollständig abzusehen.

4. Sehr viel Gewicht wird gelegt auf Celsus fr. 38 § 1 de act. empti uend. 19, 1. Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse seruari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima uidetur esse sententia. Auch Bechmann a. a. O. S. 539 glaubt hier die Klagbarkeit des formlosen Kontrakts ohne weiteres voraussetzen zu dürfen. Allein es ist weder die Rede von einer actio empti auf die Sache, noch einer actio uenditi auf den Preis.

Sextus Aelius Paetus Catus war Konsul des Jahres 556/198. Das arbitrium, um das es sich handelt, reicht mithin schon in die Plautinische Zeit. Legen wir daher einen Fall zugrunde, wie sie uns bei Plautus entgegengetreten sind. Der Käufer hat den Kaufpreis ganz oder teilweise vorausbezahlt. Als der Verkäufer den gekauften Sklaven bringt, will der Käufer ihn nicht annehmen. Dem Verkäufer bleibt nichts anderes übrig, als den verkauften Sklaven wieder mitzunehmen

und zu beköstigen. Er hat durchaus keine Lust, den Kaufpreis wieder herauszugeben, und hat dies auch nicht nötig. Nach acht Tagen erklärt sich der Käufer bereit, den Sklaven in Empfang zu nehmen. Es leuchtet ein, daß hier ein arbitrium pro cibariis durchaus am Platze war.

Ferner bieten die Formulare bei Cato nicht bloß Raum für solche arbitria, sondern scheinen sie zum Teil geradezu vorzuschreiben. Vgl. z. B. c. 146 § 3: si non reddet, aequom soluito; c. 148 § 1: uiri boni arbitratu degustato; c. 149 § 2: uiri boni arbitratu resoluat . . uiri boni arbitratu resoluetur.

5. Mit andern hält auch Bechmann a. a. O. S. 539 es für selbstverständlich, daß die Klagbarkeit des formlosen Kontrakts zu Ciceros Zeiten festgestanden habe. Sehen wir uns die einzelnen Stellen etwas näher an.

a) Cic. de off. 3, 14 § 59. Canius ist vom Pythius beschwindelt worden. Er hat das Grundstück seines Fischreichtums wegen gekauft. Sed hic piscari nulli solent; itaque heri mirabar, quia accidisset. Dabei ist nun weiter nichts zu machen: nondum enim C. Aquilius . . protulerat de dolo malo formulas. Andererseits ist Canius gebunden: emit instructos (hortulos); nomina facit, negotium conficit.

Die Stelle lehrt uns zweierlei. Eine actio empti wegen einer arglistischen Täuschung, wie sie sich Pythius beim Verkauf eines Grundstückes hatte zuschulden kommen lassen, gab es damals noch nicht. Ueberhaupt keine Klage. Hier griff erst später die doli actio ein, die zurückgeht auf Aquilius. Ob gerade auf dessen Prätur im Jahre 688/66? Kübler, Z. R. G. Bd. 27 S. 80 flg. äußert in dieser Hinsicht Bedenken. Aber irgendwelche Urheberschaft des Aquilius ist anzunehmen. Jedenfalls ist Canius gebunden. Er hat das Grundstück übernommen: emit instructos hortulos. Schuldet den Kaufpreis aber nicht auf Grund eines formlosen Konsensualkontraktes, sondern weil der Kaufpreis als verausgabt bzw. erhalten gebucht wird: nomina facit. Dadurch gelangt das Geschäft zum Abschluß.

Also eine actio uenditi wegen Zahlung des Kaufpreises auf Grund eines formlosen Vertrages gab es noch gar nicht, oder braucht es doch wenigstens noch nicht gegeben zu haben.

b) Cic. de oratore 1, 39 § 178. Cum enim M. Marius Gratidianus aedis Oratae uendidisset neque seruire quandam earum aedium partem in mancipii lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in mancipio, id si uenditor scisset neque declarasset, praestare debere. Daß jemand für verschwiegene Fehler hafte, tritt uns auch beim ädilizischen Edikt entgegen. Vgl. Cicero selber de off. 3, 17 § 71: Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium. Daraus folgt aber noch nichts für einen klagbaren Konsensualkontrakt. Marius Gratidianus war Prätor in dem Jahre 672/82. Bemerkenswert, daß noch Cicero die Haftung der Erben ausschließt: Heredum alia causa est.

c) Im folgenden § 179 handelt es sich um eine besondere Zusage bei der Manzipation. Nam cum aedis L. Fufio uenderet, in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit. L. Fufius klagte 656/98 den M.' Aquilius repetundarum an.

d) Aehnlich wie im angeführten § 178 liegt der Fall de off. 3, 16 § 66. Ut, cum in arce augurium augures acturi essent, iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam, uendidit; emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit, 'quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona'. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater . . is igitur iudex ita pronuntiauit: 'cum in uendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere'.

Die Stelle ist außerordentlich wichtig, weil uns der pro=

zessuale Hergang hier ganz genau geschildert wird. Wir haben es nicht zu tun mit einer actio empti. Die Uebergabe des Grundstücks hat bereits stattgefunden. Der Verkäufer hat den Befehl der Augures verschwiegen. Deshalb wird ein arbitrium angeordnet, ob dieses Verfahren der bona fides entspreche. Es kommt nicht zu einer condemnatio wie bei der actio empti, sondern nur zu einer pronuntiatio, daß dem Käufer der Schaden zu ersetzen sei.

Also ehe es einen klagbaren Konsensualkontrakt gab, wurde die bona fides schon bei den arbitria berücksichtigt, die sich anlehnen konnten an die Uebergabe einer gekauften Sache.

Der M. Cato, welcher den Spruch fällte, war der Vater des Uticensis, der geboren wurde 659/95 und sich bekanntlich 708/46 in Utica entleibte.

Auch in den Formularen des Cato sind uns derartige arbitria bereits entgegengetreten: aequom soluito; uiri boni arbitratu degustato; uiri boni arbitratu resoluat. Dieser Cato war der Urgroßvater des Uticensis mit dem Beinamen Censorius: geboren 520/232, gestorben 605/149.

e) Ferner handelt es sich um dasselbe arbitrium in der Streitsache Gratidianus wider Orata, wie wir ersehen aus Cic. de off. 3, 16 § 67. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, 'quod uitii uenditor non dixisset sciens, id oportere praestari'; aequitatem Antonius, 'quoniam id uitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes uendidisset, nihil fuisse necesse dici, nec eum esse deceptum, qui id quod emerat, quo iure esset, teneret'.

f) So sind auch allgemeinere Aussprüche bei Cicero zu verstehen. De nat. deor. 3, 30 § 74: inde tot iudicia de fide mala . . quae ex empto aut uendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt. De off. 3, 17 § 70: Qu. quidem Scaeuola, pontifex maximus, summam uim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex

fide bona', fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque uersari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis uenditis, conductis locatis.

Es handelt sich in der einen Stelle um iudicia, quae ex empto aut uendito contra fidem fiunt; in der andern Stelle um arbitria in rebus emptis. Die Begriffe iudicium und arbitrium gehen schon ineinander über. Sie entspringen aus dem emptum oder uenditum, d. h. aus dem Genommenen oder als Wert Gegebenen; es handelt sich um arbitria, die bei genommenen, als Wert gegebenen Sachen vorkommen. Wir haben nicht die geringste Veranlassung, hier schon den klagbaren Konsensualkontrakt als gegeben vorauszusetzen.

6. In der zuletzt angeführten Stelle gedenkt Cicero eines Q. Scaeuola. Es ist dies der berühmte Verfasser des ius ciuile, zu welchem Werke Pomponius einen Kommentar geschrieben hat. Q. Mucius Scaeuola war Konsul im Jahre 659/95, er kam um 672/82. Vgl. über denselben Schneider, Die drei Scävola Ciceros S. 22 flg.

Zu diesem Q. Mucius stellt sich in Gegensatz Pomponius bei Besprechung eines Falles, der es zu tun hat mit der emptio uenditio. Vgl. Pomp. ad Q. Mucium fr. 40 de act. empti uend. 19, 1. Quintus Mucius scribit: dominus fundi de praedio arbores stantes uendiderat et pro his rebus pecuniam accepit et tradere nolebat: emptor quaerebat, quid se facere oporteret, et uerebatur, ne hae arbores eius non uiderentur factae. Pomponius: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores uindicare emptor non poterit; sed ex empto habet actionem.

Die ex empto actio, welche Pomponius auf Grund eines Konsensualkontraktes gewährt, wird für Q. Mucius noch nicht vorhanden gewesen sein; deshalb kommt es für ihn darauf an, ob an den stehenden Bäumen bereits Eigentum erworben wurde. Zu uerebatur ist wegen des folgenden eius als Subjekt zu nehmen Q. Mucius. Demnach würde der Ursprung des klag-

baren Konsensualkontraktes in die Zeit zwischen Q. Mucius und Pomponius fallen. Wir haben aber noch bestimmtere Anhaltspunkte.

7. Den Uebergang zum klagbaren Konsensualkontrakt stelle ich mir in folgender Weise vor.

a) Daß Sachen formlos genommen und dafür ein Preis gezahlt wurde, ist ein uraltes Tauschgeschäft. Bechmann a. a. O. S. 7 nennt dieses Geschäft 'Naturalkauf'.

Dieses Geschäft ist älter als die Manzipatio, wie wir schon dem Umstande entnehmen können, daß uns bei der Manzipatio das Kupfer entgegentritt. Das älteste Tauschmittel der Römer war das Herdenvieh: Mommsen, Röm. Münzwesen S. 169.

Dieses Geschäft beschränkt sich auch nicht auf den Verkehr der Römer untereinander, sondern ergreift ebenso den Verkehr mit den Peregrinen. In letzterer Beziehung mag nur hingewiesen sein auf Gell. n. a. 20, 1 § 47, wo von den Schuldnern gesagt wird: trans Tiberim peregre uenum ibant.

b) Aber mit der Manzipation bemächtigen sich die Römer dieses Geschäftes, um für den Verkehr der Römer untereinander rechtliche Wirkungen zu schaffen. Das alte Tauschgeschäft wurde damit zu einem Rechtsgeschäfte für den Verkehr der Römer untereinander. Den Römern stehen diejenigen Fremden gleich, quibus commercium datum est: Ulp. 19, 4.

Die Manzipation ergriff zunächst die beweglichen Sachen. Später ist sie auch auf Grundstücke übertragen worden. Den Gegensatz zwischen res mancipi und nec mancipi haben wir uns zunächst wegzudenken. Vgl. Buch 1 Erkl. 37.

Infolge der Manzipation wurde auf beiden Seiten Eigentum erworben: der Eine erwarb Eigentum an der manzipierten Sache, der Andere am zugewogenen Kupfer.

Aus der wirklichen Zuwägung wurde später eine Scheinzuwägung, das wirkliche Tauschgeschäft zu einem Scheintauschgeschäft. So konnte die Manzipation auch zu einseitigen Geschäften benutzt werden, z. B. zu Schenkungen. Und wo getauscht

werden sollte, konnte die Zuwägung des Kupfers zunächst unterbleiben.

Aber wo ein wirkliches Tauschgeschäft beabsichtigt war, mußte das fehlende Kupfer, später die fehlende Geldleistung, in anderer Weise vertreten werden: sei es durch Bürgen oder Faustpfand. Vgl. § 41 I. I. de rer. diu. II, 1: ueluti expromissore aut pignore dato, quod cauetur quidem etiam lege duodecim tabularum.

Neuerdings hat sich mit dieser Stelle eingehend beschäftigt Pringsheim S. 54 flg. Die Abhängigkeit des Eigentumsüberganges von der Preiszahlung oder deren Ersatz soll erst auf Grund griechischer Rechtsanschauung von den Byzantinern hergestellt sein. Sollte ein derartiger Zwölftafelsatz überhaupt bestanden haben, so müsse er bereits in sehr früher klassischer Zeit überwunden sein. Der ganze § 41 von I. I. II, 1 wird nach Pringsheim S. 69 von den Byzantinern stammen. Das klassische Recht trage Gajus II, 18—20 vor.

Hier heißt es allerdings § 19: res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, ferner § 20: Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eiusdem dominus sim. Von einer Preiszahlung bzw. deren Ersatz ist also keine Rede. Und diesen Ausspruch könnte Gajus schon vorgefunden haben, während er sich § 21 auf den Zusatz beschränkte: In eadem causa sunt prouincialia praedia, quorum alia stipendiaria alia tributoria uocamus.

Andererseits tritt uns ein solches Abhängigmachen bei Gajus in seinem Kommentare zum Provinzialedikt lib. 28 fr. 53 de contr. empt. 18, 1 entgegen. Pringsheim S. 71 flg. behauptet Interpolation. Das könnte richtig sein für den Schlußsatz quod autem usw. Ob auch für den Anfang? Er lautet: Ut res emptoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fideiussor datus sit.

Ich muß mir versagen, auf die Voraussetzungen des Eigen-

tumsüberganges hier näher einzugehen. Ich vermag aber nicht einzusehen: warum eine Auffassung, die Pringsheim den Byzantinern beilegt, nicht schon dem Provinzialrecht des Gajus sollte entsprochen haben. Ebenso ist mir zweifelhaft, ob es nötig, alle und jede Anlehnung an das Zwölftafelrecht preiszugeben.

c) Dem Eigentumsübergange konnten sich Obligationen anlehnen.

In erster Linie ist zu nennen die nuncupatio. XII tab. 6, 1: uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

Hatte der Manzipant wegen der Größe des Grundstückes Zusagen gemacht, so haftete er de modo aufs Doppelte: Paul. sent. 2, 17 § 4.

Hatte der Manzipant sein Eigentum bekräftigt, so haftete er wegen dieser Bekräftigung, auctoritatis, aufs Doppelte: Paul. sent. 2, 17 §§ 1. 3. Vgl. Eck, Verpflichtung des Verkäufers S. 4; Karlowa R. RG. Bd. 2 S. 373 flg.

In beiden Fällen haben wir noch den Gesichtspunkt der Strafe. Wer anders nuncupiert hatte, als sich die Sache in Wirklichkeit verhielt, mußte das Doppelte zahlen.

Später genügen satis multis nuncupata, worunter uns die recepta entgegentreten. Von der nuncupatio ist auseinanderzuhalten das damnas esto. Das dictum erscheint zunächst als ein Nebenbau, der die nuncupatio in ihrem Bereiche nicht antastet; sodann Eingreifen des dictum in das Gebiet der alten nuncupatio. Das pactum rankte am dictum empor, trat an dessen Stelle und überholte es schließlich. Weiter wäre zu gedenken des Eides und der Stipulation. Vgl. Societas publ. Bd. 1 S. 116.

Die Stipulatio tritt uns z. B. entgegen bei der satisdatio secundum mancipium, welche den Inhalt der actio auctoritatis in sich aufnahm und zugleich den Zutritt von Bürgen ermöglichte: Lenel, Ed.[2] S. 521 flg.

d) Die förmliche Manzipation hat das formlose Tauschgeschäft, das Geschäft des Nehmens und Gebens, die emptio uenditio, keineswegs verdrängt. Man wird nicht wegen jeder

kleinen Sache, die man tauschen wollte, zur Manzipation seine Zuflucht genommen haben.

Aber wenn der eine in den Besitz der Sache gelangte, der andere sein Kupfer bezw. Geld erhielt, so lagen zunächst nur Tatsachen vor: ein bloßes habere.

Es konnte indes die Sache ersessen werden, und das entsprach durchaus dem Willen eines rechtschaffenen Verkäufers. Noch Paul. fr. 28 pr. de uerb. sign. 50, 16 hebt hervor: 'Alienationis' uerbum etiam usucapionem continet; uix est enim, ut non uideatur alienare, qui patitur usucapi.

Beim Kupfer, Gelde kommt hinzu, daß es wieder ausgegeben wurde. Und mag auch der Eigentumserwerb durch mixtio kein hohes Alter haben — Iauolenus fr. 78 de sol. 46, 3 in libris Gaii scriptum est — schwer verfolgbar wird derartiges Eigentum immer gewesen sein.

e) Solange keine Ersitzung stattgefunden hatte, stand dem Verkäufer gegen den Käufer noch nach der Tradition die rei uindicatio zu. Aber im Laufe der Zeit gewährte der Prätor Schutz durch die Einrede Si non A^s A^s fundum q. d. a. $N^o N^o$ uendidit et tradidit: Lenel, Ed.[1] S. 405; Ed.[2] S. 491.

f) Weiter erhielt der Käufer die Publiciana in rem actio. Die Intentio wird nach Gai. IV, 36 gelautet haben: Si, quem hominem Aulus Agerius emit, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret. Die Worte is ei traditus est sind meines Erachtens ein späterer Zusatz. Das tradere ist mit dem alten emere schon gegeben. Vgl. Rtsgl. Gaj. S. 259.

Auf diese Weise entstand das prätorische oder bonitarische Eigentum neben dem quiritischen.

g) Sodann war von großer Bedeutung die Scheidung in res mancipi und nec mancipi. Bei letzteren genügte die Tradition zum vollen Eigentumsübergange. Vgl. Buch 2 Abt. 1 Erkl. 14.

Andererseits brachte man hier aber ebenfalls den Satz der Zwölftafeln zur Anwendung, daß entweder der Preis gezahlt

oder Sicherheit geleistet sein mußte. § 41 de rer. diu. II, 1: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Varro rer. rust. 2, 1 § 15: quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere. Ebenda 2, 2 § 6: tamen grex dominum non mutauit, nisi si est adnumeratum.

h) Eine Klage auf den Kaufpreis, selbst wenn ein Nehmen der Sache schon stattgefunden, hatte der Verkäufer an sich zunächst nicht. Zu diesem Zwecke mußte er den Käufer in rechtsgenüglicher Form besonders verpflichten: sei es durch Stipulation oder nomina facere. Cic. de off. 3, 14 § 59: nomina facit, negotium conficit. Alf. Var. libro secundo digestorum fr. 14 de exc. 44, 1: Filius familias peculiarem seruum uendidit, pretium stipulatus est. Alfenus war Konsul des Jahres 715/39. Der erörterte Fall könnte aber schon zurückgehen auf Servius: vgl. Paul Krüger, Quellen² S. 71.

Bemerkenswert in der zuletzt angeführten Stelle ist die prozessuale Lage. Der Stipulationsklage gegenüber wird die Einrede vorgeschützt: quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est.

So könnten auch in einer andern Stelle des Alfenus, fr. 12 de per. 18, 6, die Bremer, Iurispr. Antehadr. I pag. 200 und Pernice, Labeo Bd. 2² S. 234 ohne weiteres dem Servius zuschreiben, die Verhandlungen sehr wohl einer auf Preiszahlung gerichteten Stipulationsklage gegenüber stattgefunden haben.

Schwierigkeiten bereitet Alf. Var. fr. 52 § 3 ad leg. Aq. 9, 2. Die Stelle wird zwar berührt von Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 238, ist aber sonst wenig beachtet worden. Der Anfang Quidam boues uendidit steht in augenscheinlichem Widerspruch mit dem folgenden Gutachten, wo zwischen boues emptos haberet und non haberet emptos unterschieden wird. Vielleicht daß uendidit an die Stelle von mancipauit getreten. Jedenfalls ist im Gutachten das boues emptos haberet von einem wirklichen Innehaben zu verstehen.

i) Der Manzipation reihten sich Obligationen an durch Nuncupatio, Stipulatio, Dictum usw. Dieselbe Erscheinung tritt uns entgegen beim formlosen Geschäfte des Gebens und Nehmens. Wie der Manzipation, kann sich auch dem Nehmen und Geben ein Dictum anlehnen. Ferner begegnen wir hier schon verhältnismäßig früh der Stipulatio. Berührt sind bereits die dicta et promissa in den Formularen des Cato und im ädilizischen Edikt. Es fehlt aber auch nicht an sonstigen Anwendungsfällen.

Genannt werden mögen zunächst die Manilii actiones, die beim Viehhandel vorkamen, die vielleicht als die Vorläufer des ädilizischen Ediktes zu betrachten sind: Var. rer. rust. 2, 5 § 11. Manilius war Konsul des Jahres 605/149.

Die in diem addictio geht schon zurück auf Brutus, einen Zeitgenossen des Manilius: Ulp. fr. 13 pr. de in diem add. 18, 2.

Q. Mucius Scaeuola, gestorben 672/82, kennt beim Verkaufe eines fundus bereits die Zusage 'ita ut optimus maximusque', sowie andererseits die Zusage besonderer Dienstbarkeiten: Celsus fr. 59 de contr. empt. 18, 1; Venuleius fr. 75 de eu. 21, 2.

Für Zubehör kommt in Betracht Alfenus fr. 26 de act. empti uend. 19, 1.

Für Ackermaß jedenfalls schon Labeo: Paul. fr. 42 de act. empti 19, 1.

Zuweilen wurde die Uebernahme von Verpflichtungen erzwungen: Gai. fr. 28 de aed. ed. 21, 1: Si uenditor de his quae edicto aedilium continentur non caueat, pollicentur aduersus eum redhibendi iudicium intra duos menses uel quanti emptoris intersit intra sex menses.

Insonderheit war man auf diese Weise bemüht, die actio auctoritatis bzw. satisdatio secundum mancipium bei der formlosen emptio uenditio zu ersetzen. Pomp. fr. 5 pr. de uerb. obl. 45, 1: duplae stipulatio uenit ab iudice aut ab aedilis edicto. Da aber durch bloßes Nehmen und Geben

ursprünglich kein Eigentum überging, und später beim Käufer einer res mancipi ein bloßes habere vorlag: konnte auch der Verkäufer nicht füglich für mehr als ein habere verantwortlich gemacht werden. Varro rer. rust. 2, 2 § 6: habereque recte licere. Kaufurkunde des Dasius Breucus bei Bruns-Gr.[7] n. 130 vom Jahre 142 nach Chr. Vgl. Lenel[2], Ed. S. 541.

k) Dazu kam sonstige Weiterentwicklung durch die Wissenschaft. Gedacht wurde bereits des arbitrium bei Cels. fr. 38 § 1 de act. empti uend. 19, 1, das schon Sextus Aelius befürwortete.

Ferner berichtet Cic. de off. 3, 16 § 65: a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio uitii, id statuerunt, si uenditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. Eine Anwendung von diesem Satze machte M. Cato, wovon schon die Rede war.

8. So hatte sich denn schon ein ganzes Knäuel von iudicia und arbitria um die emptio uenditio gruppiert, bevor sie sich zu einem klagbaren Konsensualkontrakte entwickelte. Die ersten sichern Spuren eines klagbaren Konsensualkontraktes treten uns entgegen bei Varro rer. rust. 2, 2 §§ 5. 6. Das Werk stammt aus dem Jahre 717/37. Die Stelle ist um so bemerkenswerter, als die neue Rechtsbildung sich anlehnt einem alten Formular. Es heißt hier: De reliquo antiqua fere formula utuntur. Cum emptor dixit 'tanti sunt mi emptae' et ille respondit 'sunt' et expromisit nummos emptor, stipulatur prisca formula sic: 'illasce oues, qua de re agitur, sanas recte esse . . habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne? Cum id factum est, tamen grex dominum non mutauit, nisi si est adnumeratum. Nec non emptor pote ex empto uendito illum damnare, si non tradet, quamuis non soluerit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

Gemäß dem Formulare, dessen man sich noch zu Varros

Zeit beim Viehhandel bediente, spricht zunächst der Käufer tanti sunt mi emptae. Der Satz ist meines Erachtens nicht mit einem Fragezeichen zu versehen. Er entspricht einer Wendung bei der Manzipation. Vgl. fr. Vat. 50 emptus mihi est pretio und dazu Buch 1 Erkl. 36 S. 193. Die antiqua formula findet sich schon bei Plautus Epid. 3, 4 V. 31. 35 (467. 471) und hat sich noch nach Varro erhalten. Vgl. Iau. fr. 64 de contr. empt. 18, 1; Iul. fr. 41 pr.; Ulp. fr. 7 § 2; Paul. fr. 34 § 6 ebenda und fr. 8 § 1 de per. 18, 6.

Der Verkäufer antwortet mit sunt, erklärt sich also einverstanden. Dieses Einverständnis genügte aber ursprünglich nicht, um eine Klage hervorzurufen, es mußte ein Versprechen des Preises in Stipulationsform hinzukommen.

Wollten wir das tanti sunt mi emptae des Käufers als Frage auffassen und das sunt als Antwort auf die Frage, so hätten wir damit immer noch nicht die Stipulation des Preises: denn bei dieser Stipulation muß der Verkäufer fragen und der Käufer antworten.

Eine andere Stipulation schließt sich dem Nehmen der Herde an: der Verkäufer verspricht, daß die Tiere gesund und das Haben derselben dem Käufer gestattet sei.

Die neue Rechtsbildung setzt ein mit Nec non. Der Käufer kann klagen aus dem Kaufe, ex empto uendito, und den Verkäufer verurteilen lassen, wenn er nicht übergeben sollte. Dabei ist natürlich nur zu denken an ein Geldurteil, nicht an ein Urteil auf die Herde selber.

In gleicher Weise kann der Verkäufer aus dem Kaufe den Käufer verurteilen lassen, wenn er den Preis nicht zahlt.

Hier haben wir also Klagen ex empto uendito auf beiden Seiten. Eine Stipulation des Preises wäre also nicht nötig gewesen. Ferner hängt es auch ohne Arra nicht mehr von der Willkür des Verkäufers ab, ob er das Nehmen der Tiere gestatten will. Es fragt sich aber, von welcher Voraussetzung diese Klagen aus dem Kaufgeschäfte abhängig gemacht sind.

In dieser Beziehung komme ich über einen Punkt nicht

hinweg. Die neue Rechtsbildung wird mit einem Geschäfte in Verbindung gesetzt, das bestimmte Worte verlangt: tanti sunt mi emptae . . sunt. Wir haben zwar schon den Konsensualkontrakt, aber noch keinen formlosen.

Die Ansicht, daß dem formlosen Konsensualkontrakte eine Entwicklung voraufgegangen sein werde, wo man eine Form verlangte, ist bereits von Schloßmann ausgesprochen: Z. R.G. Bd. 37 S. 190 flg. Dabei verweist Schloßmann auch schon auf die in den angeführten Stellen uns überlieferte Form. Aber er sowohl wie M. Voigt, Ius naturale Bd. 3 S. 191, fassen die Form als Frage und Antwort. Meines Erachtens stehen sich vielmehr zwei positive Behauptungen gegenüber: das sunt bzw. est könnte indes aus einem sunto bzw. esto hervorgegangen sein.

Nach Schloßmann soll sich die emptio uenditio noch zu Celsus' Zeiten von dieser Form nicht völlig manzipiert haben.

Meines Erachtens muß sich der formlose Konsensualkontrakt beim Kaufe schon bald nach Varro zu Beginn des Prinzipates durchgearbeitet haben. Denn die Streitfrage, die damals entstand, 'ob der Tausch von Waren auch Kauf sei', hatte den Kauf als formlosen Konsensualkontrakt bereits zu ihrer Voraussetzung: siehe Erkl. 38. Demnach könnte schon Labeo fr. 78 § 2 de contr. empt. 18, 1 von einem formlosen Konsensualkontrakte zu verstehen sein.

40. Locatio conductio. III, 142—144.

Die locatio conductio geht in ihrer Entwicklung der emptio uenditio parallel. Wir sehen dies z. B. ganz deutlich an den Catonischen Formularen. Auf die locatio conductio beziehen sich Cato de agri cultura c.c. 144. 145, und von Verpachtung ist ebenfalls zu verstehen das uenire in c. 149. So wird denn auch der klagbare Konsensualkontrakt hier nicht früher entstanden sein.

Dies ist ebenso der Grundgedanke von Burckhardts Schrift 'Zur Geschichte der Locatio conductio'. Derselbe

unterscheidet aber nicht scharf zwischen Klagbarkeit aus sonstigen Gründen und Klagbarkeit auf Grund eines Konsensualkontraktes, insonderheit formlosen Konsensualkontraktes, und gelangt auf diese Weise dazu, den klagbaren Konsensualkontrakt viel zu früh anzunehmen. Vgl. namentlich S. 12.

Die Ausdrücke locare und conducere weisen an sich, ebensowenig wie das emere und uendere, auf einen Konsensualkontrakt hin. Locare heißt: stellen, conducere: mit sich ziehen, mit sich führen, holen.

Wie die Alten uenditio emptio so gut von dem Einen wie dem Andern gesagt haben, ist es auch der locatio conductio ergangen. Gai. fr. 20 de act. empti 19, 1: Idem est et in locatione et conductione. Vgl. ferner Ulp. fr. 1 pr. de superfic. 43, 18: Ait praetor 'Uti ex lege locationis sine conductionis'.

Kauf und Miete werden von Haus aus wirtschaftliche Gegensätze gewesen sein; dasselbe gilt aber nicht von den Bezeichnungen emptio, uenditio, emere, uendere, uenum dare, uenum ire einerseits und locatio, conductio, locare, conducere andererseits.

So war eine ältere Bezeichnung für das mit dem publicanus in bezug auf die Staatseinnahmen abgeschlossene Geschäft auf seiten des Staates uenditio, uendere, uenire; dem auf seiten der Pächter ein emere entsprach. Später wird dieses emere durch conducere erläutert, ebenso uenire durch locari. Ferner finden wir verbunden locare, uendere. — Das ter uenum duuit der Zwölftafeln IV, 2 bezieht sich auf ein Gesindeverhältnis, das unserer Vermietung entspricht. — Plautus Aulularia 3, 6 V. 31. 32 (567. 568) sagt vom Käufer conducere: auch ein Käufer führt mit sich. Und Captiui 4, 2 V. 39 (815) bedeutet qui locant caedundos agnos: welche Lämmer zum Schlachten einkaufen. — Cato de agri cultura 149 bezeichnet die Verpachtung der Winterweide mit uenire, uendere und nennt den Pächter emptor. — Bei Alfenus fr. 29 loc. cond. 19, 2 entspricht dem locator eines

Grundstücks ein redemptor. — Vgl. über dies alles Societas publicanorum Bd. 1 S. 93 flg.

41. Agri uectigales. III, 145.

Eine Haupteinnahme der Gemeinden waren die Pachtgelder aus Grundstücken: Societas publ. Bd. 1 S. 321; Liebenam, Städteverwaltung S. 2.

1. Das Vectigalrecht kommt nicht bloß bei Gemeinden vor, sondern ergriff auch die Grundstücke des Staates: Hyginus pag. 116 Zle 5. Gajus beschränkt sich aber auf die Gemeinden. Ob Privaten die Begründung solcher Verhältnisse gestattet war? In der Ferentiner Urkunde, Bruns-Gr.[7] n. 151, wird ein bereits bestehendes Verhältnis übertragen, und auch nur vorübergehend: siehe darüber Soc. publ. Bd. 1 S. 401. Plinius ep. 7, 18 geht anders zu Werke: siehe darüber Soc. publ. a. a. O. S. 403. So dürfte denn wohl der dominus bei Scaeu. fr. 31 de pign. 20, 1 nicht allzuviel beweisen, zumal die der Resolutivbedingung hier beigelegte Wirkung auf öffentlichrechtliche Verhältnisse hinzuweisen scheint. Vgl. Vat. fr. 283 und dazu Vac. poss. Bd. 1 S. 239; Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 192 Anm. 88. Etwas leicht findet sich mit dem angeführten fr. 31 ab Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 531 Anm. 1.

2. Die Verpachtung erfolgte auf bestimmte Jahre oder auf unbestimmte Zeit. In letzterer Beziehung ist zu erwähnen das patritum bzw. auitum patritum. Man ließ dem Sohne bzw. Sohne und Enkel das Pachtgrundstück unter denselben Bedingungen, wie sie mit dem Vater bzw. Großvater festgestellt waren. Siehe Soc. publ. Bd. 1 S. 21.

In diesem patritum bzw. auitum patritum erblicke ich Vorläufer des in perpetuum locari, auf das wir hier bei Gajus stoßen. Was Schulten, Hermes Bd. 41 S. 13 in dieser Beziehung vorbringt, ist jedenfalls kein Gegenbeweis.

3. Gajus berichtet von einer Streitfrage: ob ein solcher Vertrag noch Pacht und nicht vielmehr Kauf sei. Es überwog die Ansicht, daß Pacht anzunehmen. Derselben Ansicht waren

Papinian und Ulpian, die aus diesem Grunde wegen Mißwachses auch diesem Pächter einen Anspruch auf Ermäßigung des Pachtgeldes gewährten: Ulp. fr. 15 § 4 loc. cond. 19, 2.

4. Sollte man aber das Recht eines Pächters, dem auf immer verpachtet, lediglich als ein persönliches auffassen? Daß das Eigentum der Gemeinde verbleibe, war zweifellos: Hyginus 116 Zle 5—7; Ulp. fr. 15 § 27 de damno inf. 39, 2. Daneben war indes sonstiges dingliches Recht möglich. Dasselbe läßt sich aber nicht über Julian hinaus verfolgen: Kuntze, Exkurse[2] S. 519.

Und zwar hat das Legat den Ausgangspunkt gebildet. Julian meinte: ein solcher Pächter müsse den fundus uectigalis der Gemeinde vermachen können. Ulp. fr. 71 § 5 leg. 1: quia aliquod ius in eo is qui legauit habet. Papinian fr. 219 de uerb. sign. 50, 16 befürwortete das Legat zugunsten eines Dritten: ius heredum ad legatarium quoque transferri potuit. Derselben Ansicht war Ulp. fr. 71 § 6 leg. 1. Er spricht von einem ius quod in uectigalibus fundis habemus.

Dieser Auffassung entsprach es nur, daß der ager uectigalis der Erbteilungsklage unterworfen wurde, von der man die persönlichen Forderungen im allgemeinen fernhielt: Ulp. fr. 10 fam. erc. 10, 2.

Ebenso gewährte man die gewöhnliche Teilungsklage, jedoch sollte der Richter sich einer reellen Teilung möglichst enthalten. Ulp. fr. 7 pr. com. diu. 10, 3: alioquin praestatio uectigalis confundetur.

Weiter heißt es bei Paulus fr. 5 § 2 arb. furtim caes. 47, 7: qui autem fundum uectigalem habet, hanc actionem habet, sicut aquae pluuiae arcendae actionem et finium regundorum.

Es hat sich aber auch eine selbständige in rem actio entwickelt und schon im Edikte Aufnahme gefunden. Pap. fr. 66 pr. de eu. 22, 1: ea actione quae de fundo uectigali proposita est. Bemerkenswert ist, daß hier ein eignes Edikt nicht

vorausgeschickt war: Lenel, Ed.² S. 182. So wäre nicht unmöglich, daß erst Julian die betreffende Formel dem Edikt einverleibt hätte.

Dieser Schutz, welcher sich ursprünglich auf diejenigen agri uectigales beschränkt haben wird, qui in perpetuum locantur, ist dann auch ausgedehnt worden auf solche Aecker, die auf unbestimmte Zeit, z. B. auf Lebenszeit verpachtet waren, si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit: Paulus fr. 1 u. 3 si ager uect. 6, 3.

Es fragt sich aber, ob diese in rem actio selbst bei immerwährender Pacht unter allen Umständen gewährt wurde. Wir wissen von einem verwandten Falle, der superficies, daß die dingliche Klage nur causa cognita zustand: Ulp. fr. 1 § 3 de superfic. 43, 18. Zwar heißt es bei Paul. fr. 1 § 1 si ager uect. 6, 3: tamen placuit competere eis in rem actionem. Allein das competere ist hier wie anderswo verdächtig: vgl. Paul Krüger, Z. R.G. Bd. 29 S. 5. Vielleicht schrieb Paulus dandam esse oder dgl.

Mit dieser dinglichen Klage sollten nach Julian auch Dienstbarkeiten geltend gemacht werden können, die zum Grundstücke gehörten: fr. 16 de seru. 8, 1.

Gutgläubiger Erwerb begründete die Publiciana: Paul. fr. 12 § 2 de Publ. 6, 2. Lenel n. 295 vermutet freilich für Paulus Publiciana non competit. Vgl. dagegen Erman, Z. R.G. Bd. 24 S. 275; Eisele daselbst Bd. 26 S. 135. Wie Lenel für Interpolation Paul Krüger mit di Marzo und Hugo Krüger, Prät. Serv. S. 58 Anm. 66. Die Stelle hat auch ihre Bedeutung für Provinzialgrundstücke: siehe darüber Bd. 2 Abt. 1 S. 99. 150. 169.

Ein so geschütztes dingliches Recht konnte veräußert werden: Plin. ep. 7, 18 § 3. Genehmigung der Gemeinde war dazu nicht erforderlich: Soc. publ. Bd. 1 S. 323; Mitteis, Zur Gesch. der Erbpacht S. 27.

Scaeuola fr. 31 de pign. 20, 1 gestattete eine Verpfändung dieses Rechtes. Dies bestätigen die Kaiser Severus und

Antoninus (198—206) bei Marcianus fr. 17 de pign. act. 13, 7. Denselben Rechtssatz bezeugt Paul. fr. 16 § 2 das. 13, 7.

Die Bestellung eines Nießbrauches an diesem Rechte war wenigstens tuitione praetoris möglich: Ulp. fr. 1 pr. quib. mod. ususfr. am. 7, 4 = Vat. fr. 61.

5. Von einschneidender Bedeutung für das Vectigalrecht war eine Bestimmung der Kaiser Antoninus und Verus (161 bis 169) bei Pap. Iustus fr. 7 pr. de publ. 39, 4: in uectigalibus ipsa praedia non personas conueniri. Damit war das Pachtgeld von der Person des jeweiligen Pächters losgelöst und zu einem Grundgelde geworden. Vgl. Soc. publ. Bd. 1 S. 322 flg.

6. Viel besprochen ist eine Stelle bei Hyginus S. 116 Zle. 11 flg., die leider in verstümmelter Gestalt überliefert worden. Sie lautet: qui superfuerant agri uectigalibus subiecti sunt, alii per annos alii uero mancipibus ementibus, id est conducentibus, in annos centenos.

Daß hinter per annos ausgefallen quinos, hat schon Goesius vermutet. Außerdem wäre meines Erachtens mit alii uero eine Umstellung vorzunehmen, so daß wir folgenden Text erhielten: qui superfuerant agri uectigalibus subiecti sunt, alii per annos quinos mancipibus ementibus, id est conducentibus, alii uero in annos centenos. Ob statt des folgenden plures uero vielmehr pluresue zu lesen, mag dahingestellt bleiben.

Die mancipes weisen hin auf die societates publicanorum, für welche die mancipes den Bot abgaben: siehe Soc. publ. Bd. 1 S. 106 flg. Sie erscheinen als Großpächter, die dann wieder parzellierten: Soc. publ. Bd. 1 S. 88. Oder die Parzellierung war bereits geschehen, so daß vielmehr die Gefälle verpachtet wurden. In kleineren Verhältnissen mögen auch mancipes ohne socii tätig geworden sein. Vgl. ferner die Inschrift von Arausio und dazu Erkl. 42. Ein solcher Vertrag mit Großpächtern lief also immer nur auf kürzere Zeit, z. B. fünf Jahre.

Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 2 [3] S. 459 Anm. 1 streicht mancipibus ementibus, id est conducentibus. Damit erklärt sich einverstanden Mitteis a. a. O. S. 13. Allenfalls würde ihm auch genügen, was Huschke vorschlägt: qui superfuerunt agri uectigalibus subiecti sunt, mancipibus ementibus, alii per annos quinos, alii uero in annos centenos pluresue.

7. Die Erbpacht hat sich bei den Römern erst verhältnismäßig spät entwickelt, während sie in den griechischen Gemeinden seit alter Zeit bekannt war. Vgl. Mitteis a. a. O. S. 6 flg.; Hermann-Thalheim, Griech. Rechtsaltertümer [4] S. 93 flg. So könnte hier griechischer Einfluß maßgebend geworden sein. Den ökonomischen Zweck, dem die Erbpacht diente, suchten die Römer von Haus aus durch ihr jederzeit widerrufliches Precarium zu erreichen.

8. Das ius ἐμφυτευτικόν uel ἐμβατευτικόν wird zuerst erwähnt bei Ulpian im 35. Buche seines Ediktskommentares, fr. 3 § 4 de reb. eor. 27, 9. Und merkwürdig genug erst nach Erlaß der lex Antonina. Siehe darüber Präscriptio und Pactum S. 130.

Auch hier entsteht die Frage, ob der die Emphyteuse begründende Vertrag als Kauf oder Pacht aufzufassen sei. Kaiser Zeno entschied für einen selbständigen Vertrag: c. 1 de emph. iur. 4, 66.

9. In den Justinianschen Rechtsbüchern ist Vectigalrecht und Emphyteuse zu einem einheitlichen Gebilde verschmolzen. Dies ist geschehen durch Interpolationen: Macer fr. 15 § 1 qui satisdare 2, 8 qui uectigalem, id est emphyteuticum agrum, possidet; tit. D. 6, 3 Si ager uectigalis, id est emphyteuticarius, petatur.

42. Die Inschrift von Arausio.

In Orange, dem römischen Arausio in Gallia Narbonensis, ist im Jahre 1904 eine Inschrift auf einer Marmorplatte zum Vorschein gekommen, die sich mit dem Vectigalrecht

beschäftigt. Schulten liefert im Hermes Bd. 41 zu S. 1 flg. von dieser Inschrift die Nachbildung einer größeren Photographie. Die Urkunde lautet nach Schulten:

Manc(eps) C. Naeuius Rusticus
in perpet(uum) eius rei fide-
iussor C. Vesidius Qua-
dratus Ad K(ardinem)
Meris III in fronte p(edes) XXXIV — X LXIXS
S et meris IIII in front(e)
p(edes) XXXV in ann(os) sing(ulos) XI
Manc(eps) C. Naeuius Rusticus
in perpet(uum) eius rei fide-
iussor C. Vesidius Quadra-
tus Ad K(ardinem)
Meris V in fronte p(edes) LVS — X C[XXXS]
et meris VI ad ludum
[in fronte] p(edes) LXXV [in ann.]
[sing. . .

Diese Fassung findet sich auch bei Bruns-Gr.[7] n. 142, nur ist Zle 7 und 14 das p. zu p(edum) erweitert.

Schulten setzt diese Urkunde in den Anfang der Kaiserzeit. Er hat sie a. a. O. S. 1—44 mit einem reichhaltigen Kommentare versehen. Das rechtliche Verhältnis, welches dieser Urkunde zugrunde liegt, fasse ich aber zum Teil anders auf als Schulten.

I. Meris (μερίς) III, IV, V, VI weisen darauf hin, daß meris I und II voraufging. Wir haben es also mit einem Grundstücke zu tun, das in sechs Teile zerlegt war.

Teil III hatte eine Front von 34½ Fuß, Teil IV eine Front von 35 Fuß. Beide Teile erscheinen aber hier wieder vereinigt.

Teil V hatte eine Front von 55½ Fuß, Teil VI eine Front von 75 Fuß. Beide Teile sind dann ebenfalls wieder vereinigt worden. Mit Recht hat hier Schulten das C in Zle 12 ergänzt zu CXXXS.

Solchen Zusammenlegungen begegnet man auch anderswo, z. B. auf der tabula Veleias: siehe darüber Soc. publ. S. 417.

Die Stadt Arausio hat verpachtet an einen manceps Namens C. Naeuius Rusticus. Und dieser manceps hat als fideiussor gestellt den C. Vesidius Quadratus.

Das in perpetuum bezieht Schulten auf den manceps. Auf diese Weise dürfte aber die Zahl XI in Zle 7 Schwierigkeiten bereiten. Das in perpetuum läßt sich doch auch in Beziehung setzen zum fideiussor. Und diese Beziehung dürfte um so näher liegen, als der Name des manceps dem in perpetuum schon voraufgeht, auch mit in perpetuum eine neue Reihe nicht bloß beginnt, sondern zugleich eingerückt ist. Der fideiussor soll auf immer haften: d. h. bis die Schuld bezahlt worden. Das in perpetuum bildet einen Gegensatz zur beschränkten Haftung des sponsor und fidepromissor. Deren Haftung beschränkte sich auf zwei Jahre und übertrug sich nicht auf deren Erben: siehe III, 120. 121. Die fortdauernde Haftung der fideiussores verstand sich später von selbst. Gai. III, 121: fideiussores uero perpetuo tenentur. Dieser Rechtssatz könnte durch Vereinbarungen, wie wir sie auf unserer Urkunde antreffen, vorbereitet sein.

Schulten meint S. 11: 'wenn der Bürge eines Pächters auf ewige Zeit bürgt, muß wohl der Pächter auf ewige Zeit gepachtet haben'. Dabei ist außer acht gelassen, daß ein in perpetuum in der Person des Bürgen sich nicht notwendig auf eine ewige Pacht zu beziehen braucht.

So gelangt denn Schulten zu einem in perpetuum locari. Ebenso Gradenwitz. Meines Erachtens handelt es sich um eine Miete oder Pacht von 11 Jahren: in annos singulos XI. Nach Schulten soll man hier aurei ergänzen und darunter den Pachtzins verstehen. Das hätte doch wohl etwas anders ausgedrückt sein müssen.

Ich glaube, daß der Pachtzins am Rande deutlich genug bezeichnet ist. Er beträgt für die vereinigte Parzelle III, IV $69\frac{1}{2}$ Denare, also für je einen Fuß Front je einen Denar.

Schulten versteht die Zahlen am Rande von einer staatlichen Grundsteuer. Näher liegt es aber jedenfalls, bei einer Gemeinde an deren Pachtzins zu denken.

Dem manceps treten keine socii zur Seite, er stellt aber einen fideiussor. Der fideiussor statt des praes tritt uns auch beim kaiserlichen Fiskus entgegen: Soc. publ. S. 214; und kam wohl schon dem Aerar gegenüber vor: Soc. publ. S. 204; Wilcken, Ostraka Bd. 1 S. 554.

Gegenstand der Pacht sind hier die Miet- oder Pachtgelder, uectigalia. Für deren Ueberweisung auf 11 Jahre wird der manceps sich der Gemeinde gegenüber zu einer bestimmten Summe verpflichtet haben. Wofür diese uectigalia gezahlt wurden, ob für Wohnräume oder Ackerland, ist nicht gesagt. Schulten denkt an Erbpacht von Baugrundstücken zum Zwecke der Errichtung eines Hauses. Ich nehme Zeitpacht auf 11 Jahre an, womit sich eine superficies, wie sie Schulten vorschwebt, nicht gut vertragen würde.

Ich verstehe diesem allem zufolge die Urkunde dahin, daß sie sich beschäftigt mit einer Zeitpacht. Für Annahme einer ewigen Pacht scheint es mir an genügenden Anhaltspunkten zu fehlen. Damit will ich indes keineswegs behauptet haben, daß ein zugrunde liegendes in perpetuum locari sachlich unmöglich wäre.

Wir müssen zweierlei scharf auseinanderhalten: das Verhältnis des Pächters von Grund und Boden zu der Gemeinde und das Verhältnis des Pächters von Grund und Boden zum Steuerpächter.

Eine Gemeinde, die ihre Aecker für ewige Zeiten verpachtet hat, braucht darum noch nicht sich einem Steuerpächter gegenüber für alle Ewigkeit zu binden. Einer Gemeinde, die so verführe, würde man sogar den Vorwurf einer unvorsichtigen Finanzwirtschaft nicht ersparen können. Wenn eine Gemeinde ewig fließende Einnahmen auf 11 Jahre an einen Einzelnen verpachtete und sich mit einem einzelnen Bürgen begnügte: das läßt sich verstehen. Aber eine Verpachtung ewiger Einnahmen

an einen Einzelnen auf alle Ewigkeit, so daß die Gemeinde es schließlich mit den Erben und Erbesnehmern dieses Einzelnen zu tun hätte, verbietet sich schon durch die Schwierigkeit der Durchführung.

II. Die Lage der einzelnen Teile ist näher angegeben. Teil VI lag ad ludum. Zu ergänzen ist wohl uia, und unter ludus haben wir eine Fechterschule zu verstehen. Also Teil VI lag mit seiner Front am Wege nach der Fechterschule. Die Fechterschule wird in der Nähe des Amphitheaters gewesen sein. Vgl. Gilbert, Stadt Rom Bd. 3 S. 332. Ein solches ist für Arausio bezeugt: siehe Friedländer, S. G. Bd. 2[3] S. 568. Die Lage des Amphitheaters haben wir uns dann wieder außerhalb der eigentlichen Stadt vorzustellen. Dasselbe wird gelten müssen für die Fechterschule und den Weg zur Fechterschule.

Schulten gibt auf seiner Zeichnung dem Teile VI eine Front von 75 Fuß am kardo, während sie sich doch ad ludum befanden.

Die übrigen Teile lagen ad kardinem. Auch hier wird uia zu ergänzen sein. Also am Wege zum kardo, wohl maximus. Möglich wäre auch die Auflösung a dextra kardinis, das wäre eine Straße im Osten der Stadt. Mag man nun so oder so auflösen — auch hier kommen wir dahin, uns die Teile als vor der Stadt gelegen vorzustellen.

Schulten läßt alle sechs Teile am kardo selber liegen. Aber ad bezeichnet doch die Richtung. Auch bezeichnen fast alle Pläne der Feldmesser die Straße mit k m, zuweilen mit kardo.

Jedenfalls haben wir es mit Gemeindeland zu tun. Dasselbe bildet einen Gegensatz zu dem bei Gründung der Kolonie den Kolonen zu Privateigentum assignierten Land, dem ager colonicus. An und für sich ist dieses Gemeindeland ager arcifinius. Es kann aber ebenfalls vermessen werden, um ein uectigal aufzulegen. Dies ist meines Erachtens der ager

arcifinius uectigalis, mit dem sich beschäftigt Hyginus 204, 16 bis 206, 5. Mommsen, Hermes Bd. 27 S. 89 möchte den ager arcifinius uectigalis angliedern den agri mensura per extremitatem conprehensi bei Frontin 1, 4. Allein bei diesen agri erstreckt sich die Messung lediglich auf den Umfang, beim ager arcifinius uectigalis wird dagegen eine Aufteilung mittels geradliniger Flächen innerhalb eines Grundstückes vorgenommen. Es heißt bei Hyginus: Agrum arcifinium uectigalem ad mensuram sic redigere debemus, ut et recturis et quadam terminatione in perpetuum seruetur.

Vielfach ist diese Stelle mit dem tributum in Verbindung gebracht. So von Savigny, Ztschr. für gesch. Rtsw. Bd. 6 S. 351 flg.; Rodbertus, Jahrb. für Nationalökonomie Bd. 5 S. 255; Marquardt, Röm. Staatsverw. Bd. 2 ² S. 222 flg. Allein tributum und uectigal sind Begriffe, die wir auseinanderzuhalten haben. Vgl. darüber Soc. publ. S. 329 flg.

III. Werfen wir jetzt wieder einen Blick auf unsere Inschrift. Wir haben vor uns Gemeindeland, für das frontweise alljährlich Geld entrichtet wurde. Dieser Geldzahlung wird die Benutzung einer bestimmten Fläche entsprochen haben. Also war das Gemeindeland flächenweise vermessen. Ich sollte demnach meinen, daß alle Voraussetzungen des ager arcifinius uectigalis hier zuträfen.

Es handelt sich vielleicht um Gärten, die dem Gemüsebau dienten. Die jährliche Pacht von einem Denar für den Fuß in der Front weist hin auf eine Festsetzung seitens der Gemeinde; die aber so bemessen gewesen sein wird, daß es an Pächtern nicht gut fehlen konnte.

Die Gründung der Kolonie erfolgte seit 708/46: Zumptii Comm. epigr. uol. I pag. 316. Damals mag auch alsbald die Verpachtung des Gemeindelandes vorgenommen sein. Diese Verhältnisse werden sich dann so fortgepflanzt haben. Ob man für die Verpachtung des Ackers die Form der Zeitpacht oder der Erbpacht wählte, muß dahingestellt bleiben. Möglich

auch, daß sich im Laufe der Zeit die Erbpacht aus der Zeitpacht entwickelte. Für die Steuerpacht haben wir eine zeitliche Schranke von 11 Jahren.

43. Der Gladiatorenlieferungsvertrag. III, 146.

Der Gladiatorenkampf, munus gladiatorium, bildet einen Gegensatz zu den ludi, weil ihm von Haus aus jegliche Beziehung zum römischen Gottesdienste abging. Diese Kämpfe sind von den Etruskern übernommen. Sie wurden aber im hauptstädtischen Spielplan erst ständig unter den Kaisern. Vgl. Wissowa, Religion und Kultus der Römer S. 397 flg. Sie beschränkten sich nicht auf Rom, sondern fanden auch in andern Teilen des Reiches statt.

I. Der Fechtmeister heißt lanista. Das Wort ist etruskischen Ursprunges nach Isidorus Etym. X, 160: Lanista, gladiator, id est carnifex Tusca lingua appellatus. Walde[2] S. 412 hält dies nicht für glaublich und nimmt eine Bildung von lanius an.

Die Gladiatoren waren teils Sklaven, teils Freie. Der Freie, der sich anwerben ließ, gelobte dem Fechtmeister: daß er sich brennen, fesseln, hauen und mit dem Schwerte töten lassen wolle. Dieses Gelöbnis heißt auctoramentum, ein so Angeworbener auctoratus. Vgl. Seneca ep. 4, 8 (37) § 1: auctoramenti uerba sunt 'uri, uinciri ferroque necari' und Petronius 117: uri, uinciri, uerberari ferroque necari. Er kam dadurch zu dem Fechtmeister in ein Abhängigkeitsverhältnis. Vgl. Mommsen, Festgabe für Beseler S. 262 flg. Gai. III, 199 stellt auf gleiche Stufe den iudicatus und auctoratus.

Daneben wurden überwiesene Verbrecher, die sich dazu eigneten, im Strafwege an die Fechtschulen abgegeben. Siehe darüber Mommsen, Röm. Strafrt. S. 953 flg.

II. Ueber diese Verhältnisse enthält manches Neue eine Urkunde über ein Senatusconsultum, veranlaßt durch die Kaiser Marcus Antoninus und Lucius Commodus, aus dem Jahre

176 oder 177. Dieselbe ist abgedruckt Eph. epigr. VII pag. 388 seqq. und von Mommsen mit einem reichhaltigen Kommentare versehen. Ebenso findet man sie in C. I. L. II n. 6278; Dessau n. 5163 und, wenn auch nicht ganz vollständig, bei Bruns-Gradenwitz[7] n. 63.

Die Urkunde ist gefunden in der Nähe von Hispalis in Hispania Baetica. Sie ist nur ein Bruchstück. Auch haben wir das Senatusconsultum nicht selber vor uns. Und über das Verhältnis dieser Urkunde zum Senatusconsultum gehen die Ansichten auseinander.

Nach Mommsen soll vorliegen der Beschlußvorschlag, sententia, eines römischen Senators über eine kaiserliche oratio. Wegen der Form verweist Mommsen auf sein Staatsrecht Bd. 3 S. 1009 flg.

Hübner dagegen C. I. L. II pag. 1035 denkt an einen Vortrag, der gehalten sei auf einem gallischen Landtage in Lugdunum.

In der Tat spricht vieles dafür, daß es sich handelt um ein Ausführungsgesetz zu einem Senatusconsulte. Der Vortrag bezweckt die Herbeiführung eines Landtagsbeschlusses. Aber der Landtag, der hier in Frage steht, müßte dann doch wohl in Corduba abgehalten sein, da die Urkunde in Hispania Baetica gefunden wurde.

Jedenfalls ist in dieser Urkunde Bezug genommen auf eine kaiserliche oratio, deren Worte möglichst beibehalten sind. Demnach wird an dem Vorhandensein eines Senatusconsultum nicht füglich zu zweifeln sein.

1. Das Geltungsgebiet dieses Senatusconsultum erstreckte sich über das weite römische Reich mit Ausnahme der Stadt Rom.

2. Zunächst ist die Rede von einer Steuer, die hier abgeschafft wird. Ich verweise in dieser Hinsicht auf Soc. publicanorum Bd. 1 S. 70 flg.

3. Was die Spiele anbetrifft, so sollen die munera assiforana den Betrag von 30000 Sesterzen = M. 6526 nicht übersteigen. Darunter werden wir Spiele zu verstehen haben,

für die ein Eintrittsgeld erhoben wurde und bei denen es hauptsächlich hierauf abgesehen war.

Die übrigen Spiele werden in vier Klassen geteilt, je nachdem der Aufwand 30000—60000 Sesterzen, oder 60000 bis 100000, oder 100000—150000, oder 150000—200000 und mehr beträgt.

Für jede dieser vier Klassen von Spielen müssen zunächst bestimmte Paare besserer Gladiatoren in verschiedener Preislage den Spielgebern geliefert werden. Es heißt z. B. in Bezug auf die erste Klasse Zle 30. 31: Qui autem supra (sestertium) XXX (milia) ad LX (milia) usque munus edent, is gladiatores tripertito praebeantur numero pari. Summum pretium sit

primae parti quinque milia,
secundae quattuor milia,
tertiae tria milia.

Sehr zu bemerken ist gladiatores praebeantur. Es hing nicht etwa vom Fechtmeister ab, ob er liefern wolle oder nicht: er mußte liefern, war demnach einseitig gebunden. Es liegt hier also ein ähnliches Verhältnis vor, wie heutzutage z. B. bei den Frachtgeschäften einer Eisenbahn. Es hängt der Abschluß solcher Geschäfte nicht von der Willkür der Eisenbahnverwaltungen ab: sie müssen Personen und Güter befördern.

Dem bessern Gladiator, summo ac formonso (d. i. formoso) gladiatori, treten zur Seite die gemeinen Gladiatoren, qui gregari appellantur. Von diesen mußte der Fechtmeister gerade so viele liefern wie von den besseren. Zle 35. 36: utique in omnibus muneribus, quae generatim distincta sunt, lanista dimidiam copiam uniuersi numeri promisque (d. i. promiscuae) multitudinis praebeat. Der Preis für die kräftigeren betrug 2000, für keinen aber weniger als 1000 Sesterzen.

Alle diese Preise gelten aber nur für die wohlhabenderen Gemeinden: aput fortiores ciuitates. Bei kleineren Gemeinden erfolgte die Festsetzung in anderer Weise.

In Gallien sollte der Preis für einen Gladiator 2000 Sesterzen nicht übersteigen. Zle 56. 57: ne ampliore pretio lanistae praebeant, quam binis milibus.

4. In allen diesen Fällen handelt es sich um ein pretium, einen Kaufpreis. Daneben wird Zle 44. 46 einer merces gedacht. Es heißt hier: Item censeo de exceptis ita opseruandum, ut praecipuum mercedis gladiator sibi quisque paciscatur, eius pecuniae, quae ob hanc causam excipiebatur, quartam portionem liber, seruus autem quintam accipiat.

Was den Text anbetrifft, so hat Buecheler quisque durch quisquis ersetzt. Allein quisquis und quisque sind ihrem Ursprunge nach synonym, und werden auf Inschriften gar nicht so streng geschieden. Vgl. Schmalz, Lat. Syntax³ S. 447.

Die Konstruktion ist etwas verworren. Man scheint hinter paciscatur ein ut ergänzen zu müssen.

Den Inhalt stellt Mommsen sich so vor, daß zwischen Unternehmer und Fechtmeister ein Siegerlohn vereinbart sei: so daß ähnlich, wie bei Gajus, zur uenditio eine Art von locatio hinzutrete. Das will aber nicht recht passen zu den exceptis und der pecunia, quae ob hanc causam excipiebatur.

Ich beziehe die excepta und die pecunia, quae excipiebatur, auf die Geldstücke und sonstigen Geschenke, welche den Siegern dargebracht, vielleicht zugeworfen wurden, und die sie annahmen bzw. aufnahmen. Ein ganz ähnliches excipere tritt uns z. B. entgegen bei Gai. fr. 9 § 7 de adq. rer. dom. 41, 1: ut ecce qui missilia iactat in uulgus, ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit.

An diese Geschenke hat Mommsen übrigens auch schon gedacht. Dazu stimmt aber nicht recht der Vertrag zwischen Unternehmer und Fechtmeister. Vgl. wegen der Geschenke Suet. Claud. 21: adeo ut oblatos uictoribus aureos prolata sinistra pariter cum uulgo uoce digitisque numeraret; Martialis spect. 29, 6: lances donaque saepe dedit; Iuuenal. 7, 243: adcipe uictori populus quod postulat aurum.

Abgeschlossen ist lediglich ein pactum zwischen Gladiator und Unternehmer: der Freie soll ein Viertel, der Sklave ein Fünftel bekommen.

Dieses pactum ist in Ansehung des Sklaven sehr bemerkenswert. Das Fünftel soll er für sich behalten, erscheint also in dieser Beziehung als vermögensfähig. Andererseits gerät der Freie als auctoratus in ein Abhängigkeitsverhältnis. So bringt denn die gleichartige Beschäftigung zwischen Freien und Sklaven eine Art von Ausgleichung hervor. Der Freie wird abhängig in ähnlicher Weise wie der Sklave, und der Sklave erhält ein Stück von der Vermögensfähigkeit des Freien. Dieselbe Erscheinung tritt uns beim Kolonat entgegen.

Geltend gemacht wird ein solches Pactum einfach durch ein Zurückbehaltungsrecht. Der Gladiator zieht seinen Anteil ab und liefert nur ab, nachdem sein praecipuum mercedis gedeckt ist.

Auf dieses Verhältnis bezieht sich allem Anscheine nach Vat. fr. 72 § 2, das Mommsen, zum Teil in Anlehnung an Bethmann-Hollweg, in folgender Weise ergänzt: ⟨iidem fructum oper⟩ae gladiatoriae eius us⟨que ad praemia fructuario puta⟩nt compet⟨ere⟩ posse. Ich möchte aber statt usque ad praemia lieber einsetzen: usque ad quintam portionem.

5. Was den Fall bei Gajus anbetrifft, so meint Mommsen, daß er nicht die Regel gebildet habe: regelmäßig werde der Unternehmer siegreiche Sklaven behalten haben. So liegt die Sache allerdings Zle 59—61 unserer Urkunde bei den sacerdotes und auch anderswo. Aber wenn ein Privatmann nur vorhatte, einen einmaligen Gladiatorenkampf zum besten zu geben, was sollte er nachher mit den Gladiatoren anfangen? Ferner verlangt ein Gladiator eine Fechtschule, in der er sich fortwährend üben kann. Also ist bei Gajus III, 146 doch wohl der gewöhnliche Fall vorausgesetzt. Natürlich wird sich der Preis höher gestellt haben, wenn im Falle eines Sieges der Fechtmeister den Sklaven nicht zurückerhielt.

6. Am Schlusse der Urkunde Zle 62. 63 ist vom freien Gladiator die Rede. Wir ersehen daraus, daß er sich vor der Behörde verpflichtete: qui aput tribunum plebei clarissimum uirum sponte ad dimicandum profitebitur. Daher die Bezeichnungen auctoratus und auctoramentum: der Vertrag erhielt auf diese Weise eine besondere Bekräftigung. Der gesetzliche Preis betrug 2000 Sesterzen. Es scheint aber der Sieger wieder frei geworden zu sein. Ließ er sich das zweite Mal anwerben, so sollte der Preis 12000 Sesterze nicht überschreiten: liberatus si discrimen instaurauerit, aestimatio eius post hac (sestertium) XII (milia) non excedat.

Wir haben hier also ebenfalls eine Verbindung von Kauf und Miete wie bei Gajus III, 146. Für den Fall des Sieges liegt Miete vor. Solange der Freie unterliegt, gilt er zunächst als verkauft.

Bei Gajus scheinen 20 Denare pro sudore etwas niedrig zu sein. Wir müssen aber bedenken, daß ein Sklave, der siegreich aus dem Kampfe hervorging, bedeutend im Werte gestiegen war. Ebenso wie heutzutage ein Renner, der in einem Pferderennen siegt, bedeutend an Wert gewinnt. Mit dieser Wertsteigerung allein konnte der Fechtmeister schon sehr zufrieden sein. Die 20 Denare pro sudore kamen wohl lediglich dem Sklaven zugute, ebenso wie der fünfte Teil von den Geschenken. Jedenfalls wäre die Bezeichnung pro sudore für diesen Mietspreis dieser Auffassung nicht ungünstig.

44. Kauf und Werklieferungsvertrag. III, 147.

Der Inhalt des § 147 tritt uns im wesentlichen noch an zwei andern Stellen entgegen: I. I. III, 24 § 4 und libro 2 rer. cott. Gai. fr. 2 § 1 loc. cond. 19, 2. Es entsteht die Frage: wie wir uns das Verhältnis dieser drei Stellen zueinander vorzustellen haben.

1. Die res cottidianae können wir auffassen als eine Ergänzung und Erweiterung, zum Teil auch Berichtigung der Institutionenvorlesung: siehe Rtsgel. Gajus S. 105. Es wäre

trotzdem sehr wohl denkbar, daß wir unsern Ausgang von den res cottidianae zu nehmen hätten. Erst von hier aus könnte das besprochene Beispiel seinen Weg gefunden haben zu den Institutionen des Gajus und von da weiter zu den Institutionen Justinians.

Freilich ist die Erörterung in den res cottidianae weniger vollständig als in den beiden andern Stellen: es fehlt hier die Meinungsäußerung des Cassius. Diese geringere Vollständigkeit dürfte indessen zurückgehen auf die Kompilatoren, die hier gestrichen haben. Dies läßt noch erkennen der Satz sed placet unum esse negotium: siehe schon Glück, Erläuterung Bd. 17 S. 321.

Für nachträgliche Hinzufügung des § 147 sprechen aber ebenso wie beim § 146 die Denare. Der Juwelier soll empfangen denarios CC.

In dieser Beziehung ist es nun wieder bemerkenswert, daß in den andern beiden Stellen gar keine Denare vorkommen.

In der Pandektenstelle heißt es trecenta, wozu man doch nur sestertia ergänzen könnte. So kämen wir auf 300000 Sesterzen = M. 65260: allerdings ein etwas hoher Preis, Ob hier ein Fehler vorliegt?

Lenel, Paling n. 501 meint: Gajus hätte geschrieben denarios CCC. Das wären 1200 Sesterzen = M. 261. Aber bei Gajus finden wir sonst gar nicht die Rechnung nach Denaren.

I. I. III, 24 § 4 heißt es aureos decem. Die Kompilatoren pflegten den aureus für ein sestertium zu setzen: siehe Cuiacii Obs. XIX, 31; Lenel, Paling. praef. VII, 11. So kämen wir auf 10000 Sesterzen = M. 2175.

Ausgeschlossen wäre unter diesen Umständen keineswegs, daß Gajus in seinen res cottidianae Sesterzen brachte, die erst der Nachgajaner in den Institutionen des Gajus zu Denaren umwandelte.

2. Es handelt sich hier um die Anfertigung von Ringen. Hat der Goldschmied das Gold zugetan, so lag nach

Cassius insofern ein Kauf vor, während er die Arbeit als operarum locatio conductio auffaßte. Es überwog aber die Meinung, das ganze Geschäft als Kauf zu betrachten. Lieferte der Besteller das Gold, so sollte eine locatio conductio abgeschlossen sein mercede pro opera constituta: ob operis oder operarum?

In Wahrheit dürfte vorliegen ein besonderer Werkvertrag bzw. Werklieferungsvertrag, den auch BGB. § 651 eigenartig behandelt hat.

Wenn die Römer zu dieser Auffassung nicht durchgedrungen sind, so wird ihnen dabei hindernd mit im Weg gestanden haben die Beschränkung der formlosen Konsensualkontrakte auf vier Fälle.

45. Entwicklungsgang der societas. III, 148—150. 154a.

I. Unsern Ausgang haben wir zu nehmen von der societas omnium bonorum. Und vorbildlich für diese ist wiederum gewesen das consortium ercto non cito.

1. Mit letzterem habe ich mich bereits beschäftigt Bd. 2 Abt. 2 Erkl. 5 S. 108 flg.; Erkl. 21 S. 194 flg.; Bd. 3 Abt. 1 Erkl. 3 S. 50 flg. Hatte der Vater nicht geteilt, so bestand die Gütergemeinschaft unter den Waisen fort. Es wird ihnen gestattet gewesen sein, die Gütergemeinschaft aufzuheben. Solange dies nicht geschehen, haben wir das consortium ercto non cito.

2. Während hier die Fortdauer einer durch den Tod des Vaters von selbst gegebenen Gemeinschaft an eine negative Voraussetzung geknüpft wird, bedürfen wir im übrigen für das Entstehen einer Gemeinschaft einer positiven Willenskundgebung. Die societas entsteht durch ein coire.

Dies coire societatem haben wir uns, ebenso wie das adire hereditatem, zunächst rein sinnlich vorzustellen. Coire ist ein Zusammengehen und societas das Miteigentum. Vgl. wegen dieser Bedeutung von societas meine Soc. publ. S. 302.

3. Die Teilung konnte herbeigeführt werden durch das

communi diuidundo iudicium. Dasselbe ist eine Nachbildung des familiae erciscundae iudicium bzw. arbitrium. Mit demselben ließen sich persönliche Verpflichtungen geltend machen, aber ursprünglich und an sich nur bei Gelegenheit der Teilung. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 197; Berger, Teilungsklagen S. 101 flg.

4. Außerdem entwickelt sich eine Klage, welche die persönliche Verpflichtung als solche zur Geltung bringt. Sie ist schon möglich wegen eines einzelnen Geschäftes, und zu ihrer Begründung genügt später ein formloser Konsensualkontrakt.

Wie sich diese Entwicklung vollzogen haben mag, liegt sehr im Dunkeln. Es haben sich mit dieser Frage beschäftigt: Salkowski, Quaestiones de iure societatis pag. 20. 69; Zur Lehre von den juristischen Personen S. 34; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 443 flg.; Bd. 2 S. 282; Z. R.G. Bd. 16 S. 48 flg.; Zum röm. Sacralrte. II S. 27 flg.; Z. R.G. Bd. 22 S. 232 flg.; Lastig in Goldschmidts Ztschr. Bd. 24 S. 409 flg.; Leist, Zur Gesch. der röm. Societät S. 34 flg.; Ferrini, Arch. giurid. Vol. 38 pag. 3 flg.; Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 485 flg.; Cohén L. 44 § 1 de aed. ed. S. 2 flg.; M. Voigt, R. R.G. Bd. 1 S. 674 flg.; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 656 flg.; Trumpler, Die Gesch. der röm. Gesellschaftsformen S. 1 flg.; Hugo Krüger, Z. R.G. Bd. 41 S. 461 flg.; Berger, Tkl. S. 6 flg.

II. Eine sichere Entscheidung aller hier auftauchenden Fragen wird auf Grund des vorliegenden Quellenmaterials kaum möglich sein. Ich beschränke mich darauf, folgende Punkte hervorzuheben.

1. Als Beispiel einer Gesellschaft, die sich auf einen einzelnen Geschäftszweig beschränkt, bringt Gajus § 148 den Ein- und Verkauf von Sklaven. Und es ist sehr wohl möglich, daß dies in ihrer Art die erste Gesellschaft war, die in der Rechtsordnung Berücksichtigung gefunden hatte. Jedenfalls tritt uns eine Gesellschaft von Sklavenhändlern schon im ädilizischen Edikt entgegen, wenngleich hier ihr Verhältnis vorzugsweise dem

Käufer gegenüber ins Auge gefaßt wird: Paul. fr. 44 § 1 de aed. ed. 21, 1 und dazu Lenel, Ed.[1] S. 443; Ed.[2] S. 538.

2. Q. Mucius, gestorben 672/82, wollte nach III. 149 eine verschiedene Verteilung von Gewinn und Verlust nicht zulassen. Dem widersprach Servius Sulpicius. Es könne sogar ausbedungen werden, daß ein Gesellschafter zwar Anteil am Gewinn, aber keinen Verlust zu tragen habe: wenn nämlich seine Arbeitskraft so wertvoll, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti.

Die pactio, auf die wir hier stoßen, ist bisher noch nicht genügend beachtet worden. Die pactio, von der das in societatem admitti abhängig gemacht wird, muß sich an etwas anlehnen. Das, woran sie sich anlehnt, kann aber in diesem Falle nicht füglich der Konsensualkontrakt gewesen sein. Denn eine Verabredung über Gewinn und Verlust wäre ja gerade ein Hauptbestandteil eines Gesellschaftsvertrages. Vgl. z. B. Ulp. fr. 32. 44 pro socio 17, 2 und die Urkunde bei Bruns[6] n. 143, Bruns[7] n. 171 vom Jahre 167: societas . . ita conuenit, ut quidquid in ea societati ab re natum fuerit lucrum damnumue acciderit, aequis portionibus suscipere debebunt. Also haben wir die societas, der sich die pactio anlehnt, von Miteigentum zu verstehen. Ebenso bedeutet socius nicht bloß 'Gesellschafter', sondern auch 'Miteigentümer'. Hergeleitet wird socius von sequi, demnach wäre socius ursprünglich der Gefolge: vgl. Soc. publ. S. 236; nach Walde[2] S. 720 der Geselle, Gehülfe.

So würde denn diese pactio beweisen, daß weder dem Q. Mucius noch dem Servius Sulpicius eine pro socio actio auf Grund eines formlosen Konsensualkontraktes schon bekannt war. Gerade umgekehrt folgert M. Voigt a. a. O. S. 676 aus Gai. III, 149, daß diese Klage beiden schon bekannt war, wenngleich sie damals 'noch ein junges Gebild gewesen ist'.

3. Ebenso dürfte es sich verhalten mit dem pactum conuentum societatis des Alfenus in fr. 71 pr. pro socio 17, 2. Die societas wird hier eingegangen von zwei Lehrern

der Grammatik. Das Miteigentum wird sich auf die ganze Einrichtung erstreckt haben. Wir sind noch immer nicht beim Konsensualkontrakt angelangt. Zudem ist hier eine Stipulation angefügt, die an und für sich schon ausgereicht hätte; und die vermutlich ebenfalls dem Konsensualkontrakte vorgearbeitet hat. Im respondit wird Servius Sulpicius Subjekt sein: siehe P. Krüger, Quellen ² S. 71. Ganz unverändert ist die Stelle nicht überliefert. So ist eingefügt: si nouatiouis causa id fecissent. Vgl. über die Stelle Pergament, Konventionalstrafe S. 83 flg.

4. Nach Pernice, Z. R. G. Bd. 16 S. 63 soll schon zu Ciceros Zeiten festgestanden haben, daß Begründung eines Miteigentumsverhältnisses durch Vertragsberedung allemal ein Societätsverhältnis hervorbringe. Es fragt sich nur: was für ein Societätsverhältnis? Pernice denkt augenscheinlich an den formlosen Konsensualkontrakt. Dem würde schon einigermaßen im Wege stehen, wenn dieser für Ciceros Zeitgenossen, Servius Sulpicius, überhaupt noch nicht vorhanden gewesen sein sollte.

Pernice beruft sich auf Cic. pro Rosc. com. 10 § 27 und 11 § 32. Hier handelt es sich um ein Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Schauspieler Q. Roscius und einem gewissen Fannius. Gegenstand des Unternehmens war der Sklave Panurgus, den Fannius in die Gesellschaft eingebracht und Roscius in der Schauspielkunst ausgebildet hatte. Die Absicht dabei war gewesen, die Talente des Sklaven für gemeinschaftliche Rechnung zu verwerten.

Dabei spielt sich folgender eigentümliche Hergang ab. Der Sklave, welcher dem Fannius allein gehört, wird zu einem gescheinschaftlichen gemacht, und zwar unentgeltlich. Cic. pro Rosc. com. 10 § 27: communem factum esse gratis cum Roscio, qui pretio proprius fuisset Fannii. Wozu das? Es muß doch wohl noch ein Miteigentum notwendig gewesen sein, wenn bindende Verpflichtungen übernommen werden sollten.

Trumpler a. a. O. S. 13 nennt dieses Miteigentum auffallend und sucht es zu beseitigen.

5. Cicero beschäftigt sich mehrfach mit der societas. Sie gehört zu denjenigen Verhältnissen, wo nach de off. 3, 17 § 70 Streitfragen erledigt werden arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona. Daraus folgt aber keineswegs, daß wir schon einen klagbaren Konsensualkontrakt vorauszusetzen hätten.

6. Die Verurteilung hatte infamierende Wirkung: pro Caecina 3 § 7; top. 10 § 42; pro Rosc. com. 6 § 16; pro Rosc. Am. 39 § 114; 40 § 116. Diese Wirkung wird entstanden sein, als die persönlichen Verpflichtungen noch nicht klagbar waren, oder wenigstens nicht in ausreichendem Maße.

7. In der angeführten Stelle pro Rosc. com. 6 § 16 spricht Cicero von iudicia . . societatis. Wir finden aber auch de deorum nat. 3, 30 § 74 iudicia . . pro socio. Weder die eine noch die andere Bezeichnung weist mit Notwendigkeit auf einen Konsensualkontrakt hin.

Eine societatis actio, die sich ebenfalls auf eine pactio stützt und auf Begründung von Miteigentum gerichtet ist, tritt uns z. B. entgegen bei Ulp. fr. 1 § 1 de bon. lib. 38, 2: societatis actionem, uidelicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus. Vgl. darüber Soc. publ. S. 302.

Eigenartig ist allerdings die Bezeichnung pro socio. Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 487 folgert daraus, daß der ehemalige, nicht der gegenwärtige Socius die Klage anstelle. Dagegen hat sich mit Recht erklärt Pernice, Z. R. G. Bd. 22 S. 236. Dieser verweist seinerseits zur Erklärung des pro hin auf Verbindungen wie pro fure damnum decidere, pro herede gerere, pro emptore usucapere. Das pro socio bedeute: 'kraft seiner Stellung als Gesellschafter'.

Ich möchte eher glauben: kraft seiner Stellung als Miteigentümer. Denn zunächst haben wir es mit einer pactio zu tun, die sich an ein Miteigentum anlehnt.

Nach Hugo Krüger S. 462 wäre actio pro socio eine Abkürzung für pro socio admittendo: siehe darüber unter 11.

8. Auf anderem Wege gelangt auch Trumpler a. a. O. S. 8 flg. zu der Auffassung: 'Die actio pro socio ist in ihrer ursprünglichen Anwendung nicht die Klage aus dem Gesellschaftsvertrage, sondern die Klage aus der Gemeinschaft'.

Wir haben demnach eine ältere und eine jüngere pro socio actio zu unterscheiden. Vielleicht ist uns gar noch von der älteren Formel ein Bestandteil erhalten. Es heißt bei Cic. pro Rosc. com. 9 § 25: cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium, quaero. formulam non noras? Damit wird dem Fannius der Vorwurf gemacht, warum er nicht die actio pro socio gewählt habe: siehe Pflüger zu dieser Rede S. 138; und es läge die Vorstellung nahe, daß Cicero hier dem Gegner mit einem Formelstück aufgewartet hätte. Dann würde zu Ciceros Zeit die demonstratio des arbitrium für socii den Satz enthalten haben: Quod A^s A^s arbitrum pro socio adegit N^m N^m. Das arbitrum adigere ist so viel wie ad arbitrum adigere.

9. Es hat sich nach § 149a der Satz entwickelt: ut unus pecunium conferat, alter non conferat . . saepe enim opera alicuius pro pecunia ualet.

Wir haben also ein Miteigentum nicht mehr nötig. Es genügt die Arbeitskraft des einen Gesellschafters. Damit sind wir beim Konsensualkontrakt angelangt.

Für diese Entwicklung legt namentlich Zeugnis ab Julian bei Ulp. fr. 13 § 1 de praescr. uerb. 19, 5: si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse . . neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. sed si puerum docendum uel pecus pascendum tibi dedero uel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos uenisset, pretium inter nos communicaretur, ab-

horrere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio.

Das puerum docendum erinnert an den Fall bei Cicero pro Roscio comoedo. Es ist aber jetzt nicht mehr nötig, daß der andere Teil zum Miteigentümer gemacht werde. Also Julian kennt jedenfalls schon den klagbaren formlosen Konsensualkontrakt unter Gesellschaftern, und seine Beweisführung hat Aehnlichkeit mit der des Pomponius dem Q. Mucius gegenüber in fr. 40 § 1 de act. empt. 19, 1: siehe Erkl. 39 unter 6.

Der Gedankengang scheint folgender zu sein. Ausgegangen wird von dem Satze: das societatem coire verlangt Miteigentum. Wird volles Eigentum übertragen, so entsteht keine societas. Denn nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Wenn dagegen eine bewegliche Sache bloß hingegeben, nicht zu Eigentum übergeben wird, entsteht pro socio actio: denn dominus esse non desinit qui prius fuit. Wird eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen: in factum putat actionem Iulianus dandam. Wird demnach ein Grundstück nicht zu Eigentum übertragen: erit societas. Dasselbe ist der Fall: si partis areae dominium transtulerit, partis non.

Das id est praescriptis uerbis hinter actionem Iulianus dandam ist spätere Zutat: siehe Präscriptio S. 79. Im übrigen bleibt fraglich: ob vorliegende Entwicklung viel über Julian hinaufreicht. Ohne Kampf wird es bei dieser Abstreifung des Miteigentums schwerlich zugegangen sein. Und dieser Kampf wird nicht so bald aufgehört haben. Hierfür legt noch Zeugnis ab das magis obtinuit in c. 1 pro soc. 4, 37 vom Jahre 293.

10. So wäre denn dem klagbaren Konsensualkontrakt unter Gesellschaftern voraufgegangen eine pactio, die sich einmal anlehnte an Miteigentum, bis die Arbeit auf gleiche Stufe erhoben wurde mit dem Kapitale.

Die sich an Miteigentum anlehnende pactio mag sich zunächst beschränkt haben auf römische Bürger. Um Peregrinen an solchen Gemeinschaften teilnehmen zu lassen, konnte man

aber die Stipulation benutzen. Da diese indes unter Abwesenden nicht möglich war, stellte sich schließlich der formlose Konsensualkontrakt ein. Auf diese Weise wurde ein Gebilde des römischen Rechts zu einem Bestandteile des ius gentium. Für eine solche Entwicklung werden wir aber keine allzu kurze Spanne Zeit ansetzen dürfen.

Denn so einfach ist der Schritt von einer pactio zu einem selbständigen Konsensualkontrakt keineswegs. Auch auf dem Gebiete des Dotalrechts haben wir seit alter Zeit pacta dotalia. Aber die Klagbarkeit des formlosen Dotalversprechens geht erst zurück auf c. 4 C. Th. de dotibus 3, 13 vom Jahre 428.

11. Hugo Krüger S. 461 wirft die Frage auf: 'welches war der Urfall der Klage?' Er unterscheidet drei Möglichkeiten: 'sie war die Klage entweder des seienden oder des gewesenen oder des werdenden socius'. Nur die dritte Möglichkeit könne ernstlich in Betracht gezogen werden. Gestützt wird diese Ansicht auf die vom Prätor Rutilius dem Patron verheißene actio societatis.

Nun unterscheidet sich zwar in klassischer Zeit die Rutilianische societas wesentlich von sonstiger societas. Hugo Krüger nimmt aber als gemeinsamen Ausgangspunkt an: 'die Klage auf Herstellung der verabredeten Gemeinschaft'.

Sollte Hugo Krüger das Richtige getroffen haben und meine Annahme einer ältern und jüngern actio pro socio ebenfalls richtig sein: so müßte der gemeinsame Ausgangspunkt bei der älteren actio pro socio zu suchen sein. Und hier ist er in der Tat vorhanden. Er tritt uns III, 149 in dem von Servius Sulpicius besprochenen Beispiele entgegen.

A A und N N haben Geld zusammengeschossen, vielleicht beide die gleiche Summe. Es wurde aber ausgemacht: daß dem Einen ein Teil vom Gewinn zukommen solle, während er den Verlust nicht zu tragen hätte. Servius Sulpicius meinte: die Geschicklichkeit des Einen könne eine derartige sein, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti.

Die letzten Worte machen sogar den Eindruck, als ob sie

einer Formel nachgebildet wären. So hätten wir denn schon von der Formel der alten actio pro socio zwei Bestandteile, die sich zusammenfügen ließen: Quod A^s A^s arbitrum pro socio adegit N^m N^m, si aequum sit A^m A^m cum hac pactione in societatem admitti.

Was das Verhältnis dieser dritten Möglichkeit den andern beiden gegenüber anbetrifft, so wurden sie von der dritten gleichzeitig mitumfaßt. Denn was für einen werdenden socius galt, mußte auch einem seienden bzw. gewesenen zugute kommen.

12. Nach Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 456 soll die actio communi diuidundo jünger sein als die actio pro socio. Dafür beruft sich Karlowa auf Paul. fr. 1 comm. diu. 10, 3. Ihm folgt Berger S. 6.

Die actio communi diuidundo wird zuerst erwähnt in einem Briefe des Cicero an den Trebatius ad fam. 7, 12 vom Jahre 701/53. Es darf aber nach Berger S. 8 angenommen werden, daß sie 'auf ein hohes, weit in die republikanische Zeit hineinreichendes Alter zurückzuführen ist'.

Von der älteren actio pro socio wäre dann dasselbe zu sagen. Jedenfalls ist sie dem Q. Mucius, gestorben 672/82, schon bekannt gewesen.

13. Mit den Plautusstellen ist nicht viel anzufangen. Demelius, Z. R. G. Bd. 2 S. 195 legt gewisses Gewicht auf Rudens I, 4 u. 19: Socia sum nec minor pars meast quam tua und II, 6 u. 68: aequas habemus partes. Diesen Aeußerungen dürfte kaum mehr zu entnehmen sein, als daß ein Miteigentum zu gleichen Teilen möglich war: eine Möglichkeit, die freilich schon weit höher hinaufreicht.

14. Auch das griechische Recht läßt uns hier im Stich. Das attische Recht kennt zwar eine Klage, die εἰς δατητῶν αἵρεσιν genannt wurde und der familiae erciscundae entsprach. Von dieser nahm man früher an, daß sie auch die communi diuidundo vertreten habe. Damit wäre aber immer noch kein Ersatz gefunden für die pro socio actio, die das römische Recht auf Grund eines formlosen Gesellschaftsvertrages gewährte.

Vgl. Meier-Schömann-Lipsius, Der attische Prozeß Bd. 2 S. 482 flg. S. 734 flg.

Nun ersehen wir aber aus Aristoteles Πολιτεία Ἀθηναίων 56, 6: daß die Klage εἰς δατητῶν αἵρεσιν zur Zuständigkeit des Archon gehörte. Es heißt hier: δίκαι λαγχάνονται πρὸς αὐτόν (τὸν ἄρχοντα) . . εἰς δατητῶν αἵρεσιν, ἐάν τις μὴ θέλῃ κοινὰ τὰ ὄντα νέμεσθαι. Daraus folgt: 'daß der gemeinsame Besitz, dessen Aufteilung die Klage bezweckt, nur ein solcher ist, der aus der Zugehörigkeit zur gleichen Familie hervorgeht, in der Regel also auf Erbschaft beruht'. Siehe Lipsius, Das Attische Recht und Rechtsverfahren Bd. 2 S. 577.

Es scheint demnach dem attischen Recht auch an einem genauen Ersatze für die communi diuidundo actio zu fehlen. Jedenfalls kann die Klage εἰς δατητῶν αἵρεσιν nicht 'auf Teilung eines jeden gemeinsamen Besitzes sich erstreckt haben'.

46. Aufhebung der societas. III, 151—154.

1. Im § 151 behandelt Gajus zunächst die einseitige Kündigung.

Einseitiger Rücktritt von einer societas scheint ursprünglich durch nichts beschränkt gewesen zu sein. So schon Pernice, Labeo Bd. 1 S. 450. Stutzig machte aber folgender Fall: Zwei leben in allgemeiner Gütergemeinschaft, einem von beiden fällt eine Erbschaft zu, rasch kündigt er, um diese Erbschaft für sich allein zu erwerben.

Gajus stellt hier den Satz auf: einseitiger Rücktritt ist nicht gestattet, wenn er geschieht, um einen Gewinn für sich allein zu machen, welcher sonst ein gemeinschaftlicher geworden wäre.

Cassius scheint noch weiter gegangen zu sein. Paul. fr. 65 § 3 pro socio 17, 2: Cassius scripsit eum qui renuntiauerit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare.

Mit Gajus stimmt Paulus in der Sache überein. Am Schlusse von fr. 65 § 3 pro socio wird so zu ergänzen sein:

quod si quid post renuntiationem adquisierit (quod non captauerit), non erit communicandum. Mommsen sucht in anderer Weise zu helfen.

Beider Vorgänger war aber schon Julian. Es heißt fr. 65 § 4: eaque et Iuliano placent.

Eine solche Handlungsweise wird von Paulus dem Dolus unterstellt: si dolo malo renuntiatio facta sit. Und I. I. § 4 de societate III, 25 wird bei unserer Gajusstelle ein callide eingeschoben, das Theoph. wiedergibt mit κακούργῳ προαιρέσει.

Daneben machten sich für die auf einzelne Geschäfte gerichtete Gesellschaft andere Gesichtspunkte geltend. Labeo will das Interesse des Gesellschafters gewahrt wissen, dem gekündigt wurde; während nach Proculus nicht das Interesse des Einzelnen, sondern das der Gesellschaft in Betracht zu ziehen sei. Vgl. Paulus fr. 65 § 5 pro socio.

Auf diese Weise war zum Bewußtsein gekommen, daß dem Gesellschaftsvertrage ein zeitliches Merkmal innewohne. Es werden Verträge abgeschlossen auf eine bestimmte Zeit. Ob solche auch auf Lebenszeit möglich waren? Dafür Paul. fr. 1 pro socio, dagegen Pomponius und Ulpian fr. 14 ebenda.

Es gibt eine Kündigung, die den Verhältnissen bzw. Abmachungen entspricht, und eine solche, die nicht zeitgemäß. Die letztere ist im allgemeinen unstatthaft: Paul. fr. 17 § 2 pro socio. Ausnahmsweise erlaubte man sie, wenn ein vernünftiger Grund vorhanden war: Pomp. fr. 15, Ulp. fr. 14. 16, Paul. fr. 65 § 6 pro socio.

Dieser zuletzt zur Geltung gelangten Auffassung schließt sich im ganzen an BGB. §§ 723. 724. Eine gesetzliche Kündigungsfrist schreibt vor HGB. § 132.

2. Nach III § 152 wird die Gesellschaft aufgelöst durch den Tod, dem im § 153 capitis deminutio gleichgestellt ist.

3. Bei der capitis deminutio ist jedenfalls an die minima mitzudenken. Dieser Aufhebungsgrund mag sich schon geltend gemacht haben beim geschwisterlichen consortium: wenn ein

Bruder sich arrogieren ließ bzw. eine Schwester sich in eine Manusehe begab.

Eine andere Auffassung als Gajus entwickeln hinsichtlich dieser capitis deminutio minima Ulpian, Julian fr. 58 § 2 pro soc. 17, 2. Si filius familias societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud Iulianum quaeritur, an eadem societas duret an uero alia sit. . . Iulianus scripsit libro quarto decimo digestorum eandem societatem durare. Der Zwischensatz si forte post emancipationem in societatem duratum est, dessen Interpolation Eisele, Beiträge S. 190 flg. nachgewiesen hat, ist von mir gleich ausgeschaltet.

Also ursprünglich: Aufhebung der Gesellschaft. Von Gajus wird zugestanden: Möglichkeit einer neuen Gesellschaft. Julian fragt: ob neue oder dieselbe Gesellschaft? Er entscheidet sich für Fortbestand derselben Gesellschaft. Diese Ansicht, der sich auch Ulpian angeschlossen haben dürfte, wird dann prozessualisch verarbeitet.

Damit stimmt ferner überein Paul. fr. 65 § 11 pro soc. 17, 2: nam et si filius familias emancipatus fuerit, permanebit socius; der damit den weitern Satz begründet: ipse autem adrogatus socius permanet. Eisele S. 193 vermutet hier freilich ebenfalls Interpolation. Mir ist die Sache zweifelhaft. Ebenso hat sich schon zweifelnd geäußert Krückmann, Kr. V. J. Schr. Bd. 40 S. 331.

In den Justinianschen Institutionen III, 25 § 7 ist der § 153 durch einen andern Satz ersetzt worden, wie er sich gleichzeitig findet bei Paul. fr. 65 § 12 pro soc.; nämlich den Satz: publicatione quoque distrahi societatem. Die publicatio trat nämlich ein im Falle einer capitis deminutio maxima und media. Vgl. Call. fr. 1 pr. de bon. damn. 48, 20: cum aut uita adimitur aut ciuitas, aut seruilis condicio irrogatur. Vgl. auch Gai. fr. 8 §§ 1. 2 qui test. 28, 1.

Ferner wird bei Ulpian fr. 63 § 10 pro soc. neben dem Tode nur genannt die maxima und media capitis deminutio.

Bei Modestin fr. 4 § 1 ebenda heißt es freilich allgemein: Dissociamur . . capitis minutione.

Das publicare hat später dem confiscare Platz gemacht. Siehe darüber Mommsen, Strafrt. S. 1005 Anm. 1. In den Rechtsbüchern begegnen wir dem confiscare zuerst bei Marcianus fr. 3 pr. § 8 de bon. eor. 48, 21. Dieser Wandel im Sprachgebrauch hängt damit zusammen, daß der kaiserliche Fiskus im Laufe der Zeiten zur allgemeinen Staatskasse wurde.

4. Endlich wird im § 154 als Auflösungsgrund der Gesellschaft die bonorum uenditio genannt, welche eintrat bei einem einzelnen Gesellschafter: mochte sie nun von Staats wegen erfolgen oder von Privatpersonen ausgehen.

Dem bona publice uenire reiht sich ein das exilium, das auch Cic. pro Quinctio 19, 60 ausdrücklich anführt. Dagegen sind III, 78—79, wo sich Gajus eingehend mit der bonorum uenditio beschäftigt, nur Fälle aufgeführt, wo wir es mit Privatpersonen zu tun haben. Vgl. Bd. 3 Abt. 1 S. 177.

Andererseits treten uns IV, 146 beim publice bona mercari bzw. emere die sectores entgegen. Es sind aber diese sectores von den bonorum emptores auseinanderzuhalten. Die letzteren erwarben nach III, 80 nur prätorisches Eigentum, die sectores nach Varro rer. rust. 2, 10 § 4 quiritisches Eigentum. Vgl. Schilling, Institutionen Bd. 2 § 155; Baron, Gesch. d. r. Rts. § 67 n. III, 2.

Wir haben demnach für die bonorum uenditio eine doppelte Bedeutung anzunehmen: in einem engern Sinne bildet sie einen Gegensatz zur sectio bonorum, in einem weitern Sinne wird die sectio mitumfaßt. In unserer Stelle ist mit dem publice aut priuatim die weitere Bedeutung zum Ausdruck gebracht.

Mit diesem § 154 ist dann in dem entsprechenden § 8 I. I. III, 25 ebenfalls eine Aenderung vorgenommen, die in innigstem Zusammenhange steht mit der im § 7 I. I. III, 25 erfolgten Umgestaltung.

Im § 7 ist die capitis deminutio ersetzt worden durch

die publicatio. Da aber die publicatio sich beschränkt auf die capitis deminutio maxima und media, so war damit die capitis deminutio minima gänzlich ausgeschaltet, während sie doch durch III, 153 vielleicht vor allen Dingen, jedenfalls mitgetroffen werden sollte.

Andererseits umfaßt das publice uenire in III, 154 auch die publicatio. Da nun diese im § 7 I. I. III, 25 schon vorweggenommen war, so mußte im § 8 I. I. III, 25 das publice uenire mit einem andern Inhalte versehen werden. Dies ist geschehen durch die Worte: si quis ex sociis mole debiti praegrauatus bonis suis cesserit et ideo propter publica aut propter priuata debita substantia eius ueneat. Es wird also nur der Fall der Ueberschuldung berücksichtigt und daneben eine cessio bonorum vorausgesetzt; im übrigen sollen die öffentlichen Schulden nicht anders behandelt werden als die Privatschulden.

Ferner ist zu beachten, daß nicht mehr von einem bona ueneant die Rede, daß es vielmehr heißt substantia ueneat. Damit hat wohl mithingewiesen werden sollen auf den Einzelverkauf, der sich hier später einstellte: vgl. Bd. 3 Abt. 1 S. 177. 182.

Am Schlusse des § 8 wird bemerkt: daß nichts im Wege stand, mit einem überschuldeten Gesellschafter eine neue Gesellschaft zu begründen.

Bei dieser Umarbeitung, die III, 154 erfahren, ist dann aber das priuatim uenire zu kurz genommen. Es wird hier nur berücksichtigt die cessio bonorum, während nach III. 79 eine bonorum uenditio doch auch auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger erfolgen konnte.

47. Entwicklungsgang des mandatum. III, 155—162.

Das mandatum hat verschiedene Entwicklungsstufen durchgemacht, bevor daraus ein Konsensualkontrakt hervorging.

1. Nach Wölfflin in seinem Archiv Bd. 13 S. 49 ist

mandare herzuleiten von manum dare, wie uendere von uenum dare. Man hätte erwarten sollen mandere. Weil indes die Sprache ein mandere in der Bedeutung von 'kauen' bereits besaß, ist man hier zur Bildung mandare gelangt. Manum ist aber nicht Objektsakkusativ, sondern zeigt wie domum die Richtung an. Also bedeutet mandare ursprünglich 'in die Hand geben'.

Carlebach, Die actio mandati S. 1 setzt mandare = manu dare und zieht daraus Folgerungen, die zum Teil recht bedenklicher Natur sind. So die Bemerkungen zu Plaut. Bacch. III, 3, 72 (476) flg.; die Erklärung von integra res in Stellen wie I. I. § 9 de mandato III, 26; die Interpolation tradidero für mandauero bei Gai. fr. 27 § 1 mand. 17, 1; die Umstellung bzw. Textänderung bei Paul. fr. 5 §§ 1. 2. 3 und Ulp. fr. 42 mand. 17, 1.

2. Mandare bedeutet also 'in die Hand geben'. Beim uenum dare haben wir es auch mit einem Geben zu tun, aber hier wird das Geben näher durch uenum bestimmt: es ist ein Geben als Preis, und dieser Preis setzt eine Gegenleistung voraus. Beim mandare fehlt die Gegenleistung, es beschreibt andererseits lediglich den äußern Hergang: das Geben in die Hand, mit dem sich zugleich zu verbinden pflegt: ein Geben aus der Hand.

Aber ein Geben aus der Hand in die Hand, wenn auch ohne Gegenleistung, geschieht doch ebenfalls zu einem bestimmten Zwecke, den man erreichen will; und dieser Zweck konnte sehr wohl die Ausführung eines Auftrages sein: man gibt Geld zum Einkauf, man gibt eine Sache zum Verkauf usw.

In dieser Beziehung ist bemerkenswert Plaut. Persa IV, 6 u. 12 (694): mandatae quae sunt, uolo deferre epistulas. Hier hat mandare noch die ursprüngliche Bedeutung: dem Sagaristio sind Briefe in die Hand gegeben. Andererseits fehlt es nicht am Auftrage: er soll die Briefe forttragen.

Was man aus der Hand gibt, vertraut man jemand an. Man kann aber auch unkörperliche Dinge andern anvertrauen.

Plaut. Capt. II, 3 u. 85 (442): Tibi commendo spes opesque meas. Ph. Mandauisti satis.

Insonderheit kann man jemand einen Auftrag anvertrauen. Mandare in der Bedeutung von 'beauftragen' kommt schon öfter bei Plautus vor. Amph. prol. u. 83: qui sibi mandasset delegati ut plauderent; Stichus V, 2 u. 4 (652) flg.: nam Sticho mandaueram, salutem ut nuntiaret atque ei ut diceret; Persa II, 1 u. 13 (182): eius auris, quae mandata sunt, onerabo.

Der Auftrag heißt bei Plautus res mandata. Bacch. III, 3 u. 72 (476) flg.: rem mandatam exsequitur . . rem mandatam gerere . . res mandata potest agi. Oder mandatum. Amph. prol. u. 81: in mandatis dedit; I, 1 u. 182 (338): mandata eri perierunt; Curc. III, 1 u. 41 (411) flg.: Mandatumst mihi, ut has tabellas ad eum ferrem. Capt. II, 2 u. 93 (340): Qui tua quae tu iusseris mandata ita ut uelis perferat; II, 3 u. 86 (443): mandata quae sunt facta. Asin. V, 2 u. 63 (913): mandata dicam facta. Persa II, 1 u. 3 (170): mandata non consueui simul bibere una.

So wären wir denn beim Auftrage angelangt. Es ist aber nicht daran zu denken, um beim Ausgangsfalle stehen zu bleiben: daß die einfache Hingabe einer Sache, verbunden mit einem Auftrage, von jeher eine Mandatsklage erzeugt hätte.

3. Der einstmalige familiae emptor sprach: familiam pecuniamque tuam endo mandatela mea esse aio. Siehe Buch 2 Abt. 2 Erkl. 6 S. 117. Mandatela ist eine ähnliche Bildung wie custodela und tutela: Stolz, Hist. Gramm. Bd. 1 S. 589 flg. Wie custodela auf einen custos, tutela auf einen tutor, so weist mandatela auf einen Beauftragten hin, II, 103: ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet. Hier haben wir also in einem Manzipationstestament das Mandat.

4. Ferner ist nicht daran zu zweifeln, daß im Laufe der Zeit auch mit sonstiger Manzipation sich ein Mandat verbinden

konnte. Auf diese Weise gelangen wir aber erst zur actio fiduciae. Vgl. z. B. Oertmann, Die Fiducia S. 136.

5. Wie aber das uendere emere sich von der Manzipation losgelöst hat, so ist es auch dem mandare gegangen. Mit einfacher Hingabe einer Sache verknüpft sich ein Auftrag. Wer einen übernommenen Auftrag nicht erfüllt, wird infam. Wie bei der societas ist auch hier die Infamie die Vorläuferin der Klagbarkeit geworden. Diese Infamie wird ursprünglich durch nota censoria festgestellt sein. Später ist neben den Censor bzw. an die Stelle des Censors der Prätor getreten: Iulianus fr. 1 de his qui notantur 3. 2 und dazu Lenel, Ed.[2] S. 76.

6. Als infamierende Kontrakte werden bei Cicero vier genannt in der Rede pro Caec. 3 §§ 7. 8: qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudauit . . Est enim turpe iudicium. Dagegen heißt es pro Rosc. com. 6 § 16: priuata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis tria haec sunt: fiduciae, tutelae, societatis. Wie erklärt sich diese Abweichung? Ich möchte glauben, daß dem Cicero in der letztern Stelle noch eine ältere Reihenfolge in den Wurf gekommen. Demnach würde die res mandata als das jüngste Rechtsgebilde dieser Art erscheinen.

Für jüngere Angliederung dürfte auch folgender Umstand sprechen. Cic. pro Rosc. Am. 38 § 111; 39 § 113 hebt es als etwas Besonderes hervor, daß der Mandatar nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit verantwortlich sei: si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, uerum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant . . in minimis rebus, qui mandatum neglexerit, turpissimo iudicio condemnetur necesse est. In den übrigen drei Fällen wird sich also damals die Haftung noch auf reinen Dolus beschränkt haben. Etwas anders erklärt die Stelle Mitteis, Röm. Privatrt. Bd. 1 S. 326.

7. Das älteste Zeugnis für die Mandatsklage ist uns erhalten ad Herennium 2, 13 § 19: et fit, ut de eadem re saepe alius aliud decreuerit aut iudicarit; quod genus: M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit; Sex. Iulius non reddidit.

Daß die Mandatsklage gegen den Erben gehe, wird nicht im Album gestanden haben; auf besondern Antrag gewährte sie aber M. Drusus, während Sex. Iulius sie versagte. Der letztere war Prätor im Jahre 631/123, M. Drusus im Jahre 640/114. Also gab es eine Mandatsklage schon vor dem Jahre 631/123. Zunächst haben wir aber noch den Deliktsgesichtspunkt, der sich darin zeigt, daß man die Klage gegen den Erben verweigerte: Ihering, Schuldmoment S. 35 = Vermischte Schriften S. 193. Wegen des reddere verweise ich auf Präscr. S. 121 Anm. 93.

8. Nach Cic. de off. 3, 17 § 70 zählte Q. Mucius Scaeuola, gestorben 672/82, die Klage aus Mandat zu denjenigen arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona.

9. Damit sind wir aber immer noch nicht beim Konsensualkontrakte angelangt, vielmehr ist zunächst an der realen Grundlage festzuhalten. Also hätte die Mandatsklage zur Voraussetzung, daß eine Sache hingegeben wird. Dieser Hingabe schließt sich an eine pactio, was mit der Sache geschehen soll; und zur Geltendmachung der pactio dient die Mandatsklage.

Bei der societas lehnte sich die pactio an ein Miteigentum. Dieses streifte man ab und damit war der Konsensualkontrakt gegeben: siehe Erkl. 45 unter 9. So hat man auch beim Mandate die reale Grundlage verlassen und ist zum Konsensualkontrakte gelangt.

10. Man kann Aufträge erteilen, ohne daß es nötig ist, eine Sache zu übergeben. Wir haben noch einen andern Ausdruck für Auftragserteilung: negotium dare. Vgl. Cic. ad fam. 13, 7 § 1: tibique negotium datum esse a C. Caesare; de domo 20 § 52; eidem . . utraque de re negotium dedi; de har. resp. 8 § 15: negotium iisdem magistra-

tibus est datum. Corn. Nep. 10, 4: uicinitati . . dant negotium, ut eum interficiant. Liu. 3, 4 § 9: Postumio, alteri consulum, negotium daretur, uideret, ne quid res publica detrimenti caperet. Tac. ann. 6, 12: datoque sacerdotibus negotio . . uera discernere. Ed. de aquaeductu Venafrano, Bruns-Gr.[7] n. 77 Zle 64. 65: negotium datum erit.

Während sich mandare zunächst auf den Auftrag beschränkt, der sich anlehnt an die Hingabe einer Sache, ist negotium dare von Haus aus der weitere Begriff: mag eine Sache hingegeben sein oder nicht. Dann hat sich freilich auch der Begriff mandare nach dieser Richtung hin erweitert. Das zeigt die Verbindung negotia mandare, die wir finden Cic. fam. 13, 26 § 2.

11. Dem negotia dare entspricht das negotia gerere. Nur ist dies wiederum ein weiterer Begriff, der nicht bloß das Handeln im Auftrag umfaßt, sondern auch das Handeln ohne Auftrag mitbegreift. Wir sind heutzutage gewohnt, unter negotiorum gestio lediglich eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu verstehen. Das ist schwerlich die ursprüngliche Auffassung. Ulpian sagt fr. 1 de neg. gest. 3, 5 von dem betreffenden Edikt: necessarium est, quoniam magna utilitas absentium uersatur. An dieser Nützlichkeit hatten einmal auch diejenigen Abwesenden teil, welche einen Auftrag erteilen konnten. Vgl. schon Kritz, Pand. Bd. 1 S. 358; Dernburg, Festgabe für Heffter S. 115, und namentlich Wlassak, Gesch. der neg. gestio S. 24 flg. Eine Unterart des alten negotiorum gestor ist der procurator, der bald mit bald ohne Auftrag handelte. Vgl. z. B. Afric. fr. 17 pr. de in rem uerso 15, 3; fr. 51 § 1 de aed. ed. 21, 1 und dazu Vac. poss. S. 215.

12. Als sich dann aber das mandatum zum Konsensualkontrakte entwickelt hatte, umfaßte es auch den Auftrag, der sich nicht an Hingabe einer Sache anlehnte. Damit wurde zugleich der negotiorum gestio ein gut Teil ihres Gebietes entzogen, indem sie eingeengt wurde auf die Geschäftsführung

ohne Auftrag. Vgl. Ulp. fr. 6 § 1 mand. 17, 1: nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, uerum idcirco quod mandatum susceperit.

Wie hat sich diese Entwicklung vollzogen?

Partsch, Studien zur Negotiorum Gestio I S. 14 flg. hat neuerdings unternommen, den Beweis zu führen: das Edikt über die negotiorum gestio müsse die Tatsache erwähnt haben, daß kein Mandat vorlag.

Bei dieser Beweisführung geht Partsch in folgender Weise zu Werke. Seiner Hypothese würde entsprechen: 'daß keine actio negotiorum gestorum dort begründet ist, wo der gestor auf Mandat eines Dritten handelt, ja daß eine actio utilis notwendig war, wenn der vom Dritten beauftragte gestor gegen den dominus vorgehen sollte'.

Die Quellen scheinen ihm einen doppelten Rechtsstandpunkt darzubieten. 'Einerseits soll der Auftrag zur Vornahme eines Geschäftes für einen andern dominus negotii den Beauftragten nicht zum gestor mit Haftung gegen den dominus, sondern nur zum Beauftragten machen, während eventuell der Auftraggeber eines solchen Auftrages selbst seinerseits als gestor zu behandeln sei. Andererseits soll, wenn der gestor . . das Mandat eines Dritten empfängt, der gestor die actio mandati contraria gegen den Auftraggeber wie die actio negotiorum gestorum gegen den dominus negotii haben, für dessen Geschäft der Auftraggeber den Auftrag erteilte'.

Den ersten Standpunkt sollen vertreten:

Iauolenus D. 3, 5 fr. 27.
Paulus ebenda fr. 20 § 3 fr. 41; D. 17, 1 fr. 22 § 10.
Ulp. D. 17, 1 fr. 6 § 1.
Pap. ebenda fr. 53.

Auf dem andern Standpunkte stehen:

Ulp. D. 3, 5 fr. 3 § 11; ebenda fr. 5 § 6.
Pap. D. 16, 1 fr.7.
Cod. 2, 18 c. 4 vom Jahre 201, c. 14 vom Jahre 234.

Die beiden Codexstellen sollen interpoliert sein: in c. 4 wäre eingeschoben sed negotiorum gestorum actione pupillae tenebitur; und in c. 14 dem entsprechend tam; quam mulieri inuicem. In letzterer Stelle hätte der echte Text gelautet: tibi in mulierem negotiorum gestorum utilis datur actio.

Diese Interpolationen werden gestützt auf zwei Thalelaios-stellen Bas. 17, 2 cap. 4 sch. 15 und cap. 14 sch. 38 (Zachariae suppl. S. 157 und 162). Danach hatte der beauftragte gestor keine actio negotiorum gestorum normaler Fassung gegen den dominus, konnte aber unter Umständen eine utilis actio erhalten. So war der Zustand noch in dem ersten Codex Justinians. Im zweiten Codex sind die Erwähnungen der utilis verschwunden, weil man inzwischen die Digesten gemacht und die actiones utiles der actio negotiorum gestorum beseitigt hatte.

Insoweit bin ich mit den scharfsinnigen Ausführungen von Partsch durchaus einverstanden. Zu beweisen war aber, daß das Edikt des Prätors den Zusatz sine mandatu gehabt habe. Ist dieser Beweis wirklich erbracht worden?

Zur Unterstützung beruft sich Partsch weiter auf die Schrift De actionibus § 12 bei Zachariä, Z. R. G. Bd. 27 S. 90: Εἰ δέ τις ἄνευ μανδάτου τὰ ἄλλου διώκησε πράγματα. Ferner auf I. I. III, 27 § 1; Gai. fr. 5 pr. de obl. et act. 44, 7 sowie andere Stellen, die den Mangel des Auftrages bei der negotiorum gestio als ein Erfordernis betonen. Ein zwingender Beweis wird aber auch auf diese Weise nicht geführt.

Allerdings bildet die Zuziehung eines Dritten eine Abweichung von der Regel, und deshalb begreift sich die utilis actio. Diese Abweichung besteht aber nicht in dem Vorhandensein eines Mandates, denn zwischen dominus und Drittem besteht kein Mandatsverhältnis; und diese beiden können doch nur in Betracht kommen.

Die Zuziehung eines Dritten verträgt sich allerdings nicht mit dem Wortlaut des Ediktes, wie es uns Ulpian fr. 3 pr. neg. gest. 3, 5 überliefert. Denn das alterius weist uns auf

eine Zweiheit hin. Mit diesem alterius beschäftigt sich Ulpian fr. 3 § 3. Hinter § 3 ist aber gestrichen: siehe Lenel, Ed.[2] S. 100 Anm. 13. In dieser Lücke hätte Ulpian sehr wohl auf die in Frage stehende utilis actio näher eingehen können.

Daneben wäre zu beachten Gai. lib. 3 ad ed. prou. fr. 2 neg. gest. 3, 5: Si quis absentis negotia gesserit. Also wird im Provinzialedikt des Gajus gar nicht von alterius, sondern vielmehr von absentis die Rede gewesen sein. Hier bedurfte es demnach gar nicht der utilis.

Wir stoßen wiederum auf ein Beispiel, wo Provinzialedikt und prätorisches Edikt auseinandergingen und wo schließlich das Provinzialrecht den Sieg davongetragen hat. Nachzutragen wäre dieses Beispiel Rtsgel. Gaj. S. 292 und 308.

So dürfte denn doch wohl an der Auffassung festzuhalten sein, daß wir die Ausscheidung des Mandates von dem Begriffe der negotiorum gestio einer frei schaffenden prätorischen Praxis zuzuschreiben haben. Und selbst wenn wir eine edikale, Grundlage annehmen wollten, könnte diese doch sehr wohl einer voraufgehenden Praxis sich angelehnt haben. Jedenfalls ist für die ältere Zeit ein weiterer Begriff der negotiorum gestio anzunehmen, der auch das Mandat mitumfaßt. Einen Hauptbeweis für diesen Satz bildet der Prokurator, mit dem ich mich später noch näher beschäftigen werde.

13. Im Jahre 631/123 gab es bereits eine Mandatsklage. M. Voigt glaubt die Entstehungszeit näher feststellen zu können. Nach ihm soll ein Prätor C. Cassius Longinus im Jahre 627/127 die actio pro socio und mandati anerkannt und mit formula versehen haben: Ius naturale Bd. 3 S. 844; Röm. R. G. Bd. 1 S. 681.

Indessen die von M. Voigt gemachten Zeitangaben sind oft recht unsicher, jedenfalls ist dies hier der Fall.

M. Voigt bringt die genannten beiden Klagen in Verbindung mit dem Edikt über die pacta conuenta.

Nun glaube ich allerdings, daß das Edikt über die pacta conuenta von weitreichendem Einflusse und namentlich für die

bonae fidei iudicia von großer Bedeutung gewesen: in so kahler Einsamkeit, wie jetzt bei Lenel, Ed.[1] S. 53, Ed.[2] S. 65, wird der hierauf bezügliche Satz sich einmal nicht befunden haben: siehe Präscriptio und Pactum S. 70. 150. Was hat aber dieses Edikt mit dem Prätor C. Cassius Longinus zu tun?

Die Verbindung wird hergestellt durch Ulp. fr. 4 § 33 de doli mali exc. 44, 4: Metus causa exceptionem Cassius non propnsuerat contentus doli exceptione, quae est generalis. Nun deckt sich aber die exceptio doli generalis doch keineswegs mit dem Begriff pacta conuenta, wenngleich zwischen beiden Beziehungen gegeben sind; und ein Schutz durch exceptio ist noch kein Klageschutz.

Sodann gab es der Cassii mehrere; und es ist sehr zweifelhaft, welchem unter ihnen die Einführung der exceptio doli generalis zuzuschreiben: vgl. Burchardi, Wiedereinsetzung S. 301; Huschke, Ztschr. für Civ.rt. u. Proz. N. F. Bd. 14 S. 128. Wir wissen überhaupt nichts Bestimmtes über die Prätoren des Jahres 627/127: siehe Wehrmann, Fasti praetorii S. 12. Auf die Prätur des C. Cassius Longinus wird geschlossen aus dessen Konsulat im Jahre 630/124. Das entspräche der Regel, wonach das Konsulat zwei Jahre nach der Prätur erlangt wurde: Nipperdey, Leges annales S. 57. Es konnte aber doch auch ein längerer Zeitraum verstreichen: Cic. de lege agr. 2, 2 § 3. Gesetzt indessen, C. Cassius Longinus wäre im Jahre 627/127 Prätor gewesen, so brauchte er doch noch nichts mit der Zivilgerichtsbarkeit zu tun gehabt zu haben. Die Zahl der Prätoren betrug damals sechs: Liu. 32, 27 § 6; Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 2[3] S. 199. Er hätte z. B. auch Kriminalprätor sein können. Je mehr man also nachforscht, um so unsicherer wird die M. Voigtsche Zeitangabe.

14. Beruhigen wir uns also bei der Zeitbestimmung, wie sie uns sicher überliefert ist. Sie reicht als solche schon hin, die Mandatsklage zu den legis actiones in Beziehung zu setzen. Und da nach Cic. de off. 3, 17 § 70 Q. Mucius Scävola

diese Klage den arbitria einreihte, wären wir hingewiesen auf die legis actio per iudicis postulationem: siehe A. Schmidt, Z. R. G. Bd. 15 S. 150. Dies hat auch schon behauptet Puntschart, Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer S. 309, dessen weitere Behauptungen ich freilich ablehnen muß.

15. Ist die Mandatsklage den Legisactionen einzureihen, so liegt es gar so ferne nicht, sie schon für die Zeit des Plautus anzunehmen. Demelius, Z. R. R. Bd. 2 S. 196 stellt folgenden Fall in den Vordergrund. Im Curculio II, 3 u. 66 (345) flg. hat der Offizier Therapontigonus beim Bankier Lyco Geld hinterlegt und ihm folgenden Auftrag erteilt: qui anulo meo tabellas obsignatas attulisset, ut daret operam, ut mulierem a lenone cum auro et ueste abduceret.

Es läßt sich Plautus nicht entnehmen, ob ein solcher Auftrag damals schon Klage erzeugte. Aber unmöglich wäre es nicht, daß die Klagbarkeit des Mandates vom Gewerbe des Bankiers ihren Ausgang genommen hätte. In der Hingabe des Geldes besitzen wir die reale Grundlage, an die sich der Auftrag anlehnen konnte.

Die andern beiden von Demelius a. a. O. beigebrachten Fälle bedeuten weniger. Merc. II, 3 u. 91 (426) flg. ist mehrfach von einem Mandat zu kaufen die Rede. Und im Trinummus I, 2 u. 76 (113) flg. handelt es sich anscheinend um ein Generalmandat. Derartige Fälle wird man früher der negotiorum gestio unterstellt haben, bevor man hier ein rechtsverbindliches Mandat anerkannte.

Denn wenn auch die Mandatsklage dem Plautus schon bekannt gewesen sein könnte, so ist damit noch keineswegs der Konsensualkontrakt gegeben. Bei der gleichartigen Entwicklung, die societas und mandatum in anderer Beziehung durchgemacht haben, werden wir diesen Konsensualkontrakt kaum früher ansetzen können, als den Gesellschaftsvertrag. Diesen kennt als solchen jedenfalls schon Julian.

Bemerkenswert, daß noch Proculus fr. 36 de pact. 2, 14 eine conuentionis exceptio gewährt, wo der Sache nach ein Mandat vorliegt.

48. Arten des Mandates. III, 155. 156.

Gajus unterscheidet verschiedene Arten des Mandates: entweder erteile man einen Auftrag im eignen Interesse oder im Interesse eines Dritten. Ausgeschieden wird der Fall: si tua gratia tibi mandem.

Mit dieser Zweiteilung begnügt sich auch Gai. epit. II, 9 § 18.

Gajus hat diese Gliederung lib. sec. cott. fr. 2 pr. mand. 17, 1 weiterentwickelt. Danach sind fünf Arten anzunehmen: 1) ich gebe einen Auftrag meinetwegen; 2) ich gebe einen Auftrag meinet- und deinetwegen; 3) ich gebe einen Auftrag wegen eines Dritten; 4) ich gebe einen Auftrag meinetwegen und im Interesse eines Dritten; 5) ich gebe einen Auftrag deinetwegen und im Interesse eines Dritten.

Diese Einteilung scheint später Beifall gefunden zu haben. Sie kehrt wenigstens wieder I. I. pr. de mandato III, 26: Mandatum contrahitur quinque modis.

In der Fünfteilung haben wir wohl eine ureigne Leistung des Gajus vor uns. Hohen Wert kann ich freilich dieser Weiterentwicklung nicht beimessen: sie macht auf mich einen etwas scholastischen Eindruck. Bei sonstigen römischen Rechtsgelehrten ist derartiges nicht anzutreffen.

49. Der Tod des Auftraggebers. III, 158. 160.

Das älteste Beispiel des Mandates ist der vom Testator dem familiae emptor erteilte Auftrag: was einem jeden nach dem Tode des Testators gegeben werden solle. Die Verpflichtung beginnt also hier erst mit dem Tode des Auftraggebers. Das ist auch in andern Fällen zugelassen. Ulp. Marcellus fr. 12 § 17 mand. 17, 1: ut post mortem sibi monumentum fieret. Gaius fr. 13, ebenda: ut post mortem meam

heredibus meis emeres fundum. Derselbe fr. 27 § 1 ebenda (Lenel 232): Si seruum ea lege tibi mancipio dedero (tradidero), ut eum post mortem meam manumitteres.

Die beiden angeführten Gajusstellen hat man freilich, so weit sie uns angehen, für interpoliert erklärt. So schon Zimmern, Arch. für die civ. Pr. Bd. 4 S. 241. 242, und neuerdings Pernice, Labeo Bd. 3 S. 129. Es soll hier ein Widerspruch vorhanden sein mit Gai. III, 158. Nimmt man obligatio im Sinne von Verpflichtung, so wäre hier nur der Satz ausgesprochen: daß eine Verpflichtung nach dem Tode des Mandatars nicht erst von der Person des Erben den Anfang nehmen kann.

Freilich hätte das ab heredis persona obligationem incipere non posse auch den Erben des Gläubigers mitumfassen können, und eine solche Anwendung finden wir z. B. III, 100 bei der Stipulation von dem Satze gemacht.

Für diese letztere Auffassung scheint sogar das generaliter zu sprechen.

Immerhin haben wir es nur mit einer Begründung zu tun. Noch dazu mit einer Begründung, die erst Gajus seiner Vorlage hinzugefügt haben wird. Ein richtiger Satz kann auch verkehrt begründet werden. Vielleicht ist Gajus der Vorwurf zu machen: daß seine Begründung zu viel beweise und nicht genau passe. Von diesem Standpunkte aus hat sich bereits Lotmar, Kritische Studien in Sachen der Contravindication S. 14 flg. mit dem generaliter beschäftigt. Jedenfalls ist den Sätzen selber mehr Wert beizulegen als ihrer Begründung. Das würde zu folgender Aufstellung führen.

Es hat sich auf dem Gebiete des Mandates eine alte Anschauung erhalten, die uns noch in den angeführten Digestenstellen entgegentritt. Ein Seitenstück bietet das Legat dar, das doch nichts weiter ist als ein aus alter Zeit stammender Auftrag. An die Stelle des familiae emptor ist der heres getreten. Wie der alte Testator nach seinem Tode den familiae emptor, so kann auch der neue Testator nach seinem Tode

den Erben verpflichten. Aber post mortem heredis inutiliter legatur. Vgl. Bd. 2 Abt. 2 S. 382 flg.

Daß der Tod des Auftraggebers das Mandat beseitigt, widerspricht nicht dem Satze: daß ein Mandat nach dem Tode des Auftraggebers möglich ist. Wo das Mandat zu Lebzeiten des Auftraggebers erfüllt werden soll bzw. erfüllt werden kann, geht das römische Recht von der Voraussetzung aus: daß der Auftraggeber seine Erben nicht binden wollte.

50. Erwerb durch Stellvertreter. III, 163—167a.

Vom Erwerb durch Stellvertreter hat Gajus schon einmal gehandelt II, 86—96. Es ist nicht ohne Interesse, beide Abschnitte miteinander zu vergleichen.

Im zweiten Buch lehnt sich Gajus an seine Vorlage an, und schon der Grundstock scheint sich mit dem Erwerb durch Stellvertreter befaßt zu haben.

Als Stellvertreter kommen zunächst in Betracht die in der Gewalt befindlichen Kinder und Sklaven. Sie erwerben dem Gewaltinhaber nicht bloß Eigentum, sondern auch Besitz. Hinsichtlich des Eigentumerwerbes stehen ebenso da die in manu mancipioue Befindlichen.

Auf diese Sätze scheint sich der Grundstock beschränkt zu haben.

In II, 86 kommen hinzu die Sklaven, an denen ein Nießbrauch besteht, ferner die Freien und fremden Sklaven, welche in gutem Glauben besessen werden. In dieser Beziehung wird, soweit der Eigentumserwerb in Frage steht, II, 91 unterschieden zwischen dem Erwerb ex re nostra uel ex operis suis oder sonstigem Erwerb. Im § 94 wird der Besitzerwerb besonders ins Auge gefaßt. Endlich bringt Gajus II, 95 mit diesen Stellvertretern die extranea persona in Gegensatz: diese könne nicht für andere Eigentum erwerben, zweifelhaft sei der Besitzerwerb durch einen Prokurator.

Im dritten Buche handelt es sich vor allen Dingen um den Erwerb von Obligationen. Als Stellvertreter kommen die

im zweiten Buch schon genannten Personen in Betracht: quae in nostra potestate manu mancipioue sunt; Freie und fremde Sklaven, quos bona fide possidemus; der Sklave, in quo usum fructum habemus. Die §§ 163—165 entsprechen im zweiten Buche den §§ 86. 91. 92.

Als neue Gegenstände erscheinen: im § 166 die Berücksichtigung desjenigen, qui nudum ius Quiritium in seruo habet; und im § 167. 167a der Erwerb durch einen gemeinschaftlichen Sklaven. Hier wird auch nicht bloß die Obligation in Betracht gezogen, sondern neben der Stipulation auch die Manzipation. Demnach bildet das in diesen Paragraphen Vorgebrachte zugleich eine Ergänzung zu dem im zweiten Buche behandelten Eigentumserwerb durch Stellvertreter.

Auf diese beiden neuen Gegenstände will ich jetzt noch etwas näher eingehen.

51. Der bloß quiritische Eigentümer eines Sklaven. III, 166.

Ueber die rechtliche Stellung, welche dem bloß quiritischen Eigentümer eines Sklaven zukam, sind wir nur sehr unvollkommen unterrichtet.

1. Das bloß quiritische Eigentum an einem Sklaven hatte insofern Bedeutung, als es durch Untergang des bonitarischen wieder zu Volleigentum werden konnte: Schulin, Gesch. des röm. Rts. S. 311. Ebenso wie durch Untergang des Nießbrauchs sich die nuda proprietas in Volleigentum verwandelt: § 4 I. I. de usu fructu II, 4.

Wenn ein Volleigentümer einen Sklaven derelinquierte, so war eine von diesem Sklaven abgeschlossene Stipulation nichtig: Iauolenus fr. 36 de stip. seru. 45, 3. Wenn dagegen ein bonitarischer Eigentümer derelinquierte, so wird eine solche Stipulation dem bisherigen quiritischen, jetzigen Volleigentümer zugute gekommen sein.

2. Das bloße quiritische Eigentum an einem Sklaven, neben dem bonitarischen, hatte Bedeutung bei der Freilassung.

Ließ der bloß bonitarische Eigentümer frei, so genügte das ursprünglich nicht zur Latinität: siehe fr. Dos. 9 und dazu Buch 1 Erkl. 12 S. 135. Also erwarb der so Freigelassene seinem Herrn. Sollte der quiritische Eigentümer dabei ganz leer ausgegangen sein? Es ist sehr wohl möglich, daß er einmal ebenso behandelt wurde wie der bloße Proprietar neben dem Nießbraucher.

3. Später machte der bonitarische Eigentümer durch Freilassung den Sklaven zum Latinen: Gai. I, 167; Ulp. 22, 8. Eine Nebenwirkung dieser Rechtsbildung könnte es gewesen sein, daß ein Sklave einem bloß quiritischen Eigentümer nichts mehr erwarb.

4. Es ist dem bloß quiritischen Eigentümer aber noch geblieben die gesetzliche Vormundschaft über eine Latina oder einen unmündigen Latinus: I, 167; Ulp. 1, 19.

5. Ferner macht der bloß quiritische Eigentümer den vom bonitarischen Eigentümer Freigelassenen durch Iteration zum römischen Bürger und damit zu seinem Freigelassenen: I, 35.

6. Es ist kaum daran zu zweifeln, daß das nudum ius Quiritium vormals einen vollern Inhalt hatte und von Haus aus dem bonitarischen Eigentume gegenüber ganz anders dagestanden haben wird. Demgemäß dürfte auch die Iteratio einmal von weittragender Bedeutung gewesen sein. Im Laufe der Zeit ist aber das bloß quiritische Eigentum mehr und mehr zusammengeschrumpft, ohne daß wir imstande wären, die Entwicklung im einzelnen näher zu verfolgen.

7. Eins läßt in dieser Beziehung unsere Stelle aber vielleicht noch durchblicken.

Es heißt zunächst vom bloß quiritischen Eigentümer doch nur: minus tamen iuris in ea re habere intellegitur. Danach wäre er also nicht ganz und gar vom Erwerb ausgeschlossen, wie nachher gesagt wird: ex nulla causa alia ei adquiri posse. Und welcher Erwerb einmal für den bloß quiritischen Eigentümer möglich blieb, deutet der adeo ut-Satz

an: wenn auf den Namen des bloß quiritischen Eigentümers die Stipulation abgeschlossen, bzw. mancipio empfangen war.

8. Mit weit größerer Bestimmtheit drückt sich hier der Nachgajaner in II, 88 aus: siehe Bd. 2 Abt. 1 S. 35 Anm. 6.

Dementsprechend wäre folgender Satz aufzustellen: der Proprietar, sofern er durch einen Sklaven erwarb, der in gutem Glauben besessen wurde, bzw. durch einen Sklaven, an dem einem andern der Nießbrauch zustand, muß mindestens prätorischer Eigentümer sein. Vgl. Zimmern, Gesch. des röm. Pr.rts Bd. 1 S. 679.

Was Salkowski, Sklavenerwerb S. 3 und 74 zu unserer Stelle bemerkt, ist mir nicht ganz klar geworden.

52. Der gemeinschaftliche Sklave. III, 167. 167a.

Neben der Tätigkeit des Sklaven ist zu beachten die Mitwirkung der Herren.

1. Der Sklave, welcher sich für seinen Herrn versprechen ließ, konnte die Stipulation auf eignen Namen abschließen: spondesne mihi dare? Der Sklave, welcher für seinen Herrn durch Manzipation Eigentum erwarb, konnte den Erwerb auf eignen Namen vornehmen: hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio eaque mihi empta esto hoc aerei aeneaque libra. Vgl. Salkowski, Zur Lehre vom Sklavenerwerb S. 74 Anm. 2; Eisele, Z. R. G. Bd. 39 S. 80 flg. Anderer Ansicht hinsichtlich der Manzipation freilich Erman, Seruus uicarius S. 470.

Schloß ein gemeinschaftlicher Sklave eine solche Stipulation ab, nahm ein gemeinschaftlicher Sklave einen Erwerb durch Manzipation auf eignen Namen vor: so erwarben die mehreren Miteigentümer entsprechend ihren Anteilen.

2. Dies litt eine Ausnahme, wenn der Sklave in der Stipulation, bei Vornahme der Manzipation einen der mehreren Herren ausdrücklich namhaft machte: Titio domino meo dari spondes? hanc rem ex iure Quiritium L. Titii domini mei esse aio.

Dies Stellen auf den Namen eines Herrn konnte vom Sklaven freiwillig geschehen oder auf besonderes Geheiß. Insonderheit konnte mancipio dando eine derartige Auflage hinzugefügt werden. Solche Auflagen waren zu beachten: siehe I, 140; und es wird wohl nichts darauf angekommen sein, auf wessen Namen der Sklave die Manzipation vollzog.

3. Dagegen war es streitig: ob das Geheiß eines der Miteigentümer dieselbe Wirkung habe, wie wenn der Sklave in dessen Namen abschloß. Hierfür die Sabinianer, dagegen die Proculejaner.

Die Sabinianer folgten in dieser Beziehung dem Ofilius: Pomp. fr. 6 de stip. seru. 45, 3. Wegen der Interpolationen in dieser Stelle verweise ich auf Besitz S. 31.

In späterer Zeit war die Sabinianische Auffassung allgemein durchgedrungen: Scaeuola bei Ulp. fr. 25 § 6 de usufr. 7, 1; Ulp. fr. 5 de stip. seru. 45, 3.

Wie nun, wenn der eine Miteigentümer geheißen, der Sklave aber auf den Namen eines andern Miteigentümers abgeschlossen hatte? Diese Streitfrage hat Justinian in c. 2 per quas pers. 4, 27 schlichten wollen, man sieht aber nicht recht: nach welcher Richtung. Vgl. darüber Salkowski a. a. O. S. 96 flg.; Zur Nieden, Das Miteigentumsverhältnis am gemeinschaftlichen Sklaven, Jenaer Dissertation, S. 41 flg.

4. Wir sind hier auf Stipulationen gestoßen, die auf den Namen des Sklaven lauteten; auf Manzipationen, die der Sklave auf eignen Namen vornahm. Solche Stipulationen und Manzipationen waren gültig: wie mag sich das erklären? Ich betrachte dies als einen Ausfluß der älteren Auffassung, die den Sklaven als einen Menschen behandelte: siehe Buch 1 Erklärung 14 S. 140.

53. Solutio. III, 168. 172.

Obligationen entstehen, um erfüllt zu werden. Deshalb gebührt unter den Aufhebungsgründen der Erfüllung, Zahlung der erste Platz.

1. In der formlosen Zahlung, mit der Gajus einsetzt, haben wir freilich noch nicht den Ausgangspunkt zu suchen. Diesen bietet uns vielmehr dar das gerere per aes et libram. Vgl. statt aller Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 264.

Dieser Anwendungsfall des Rechtsgeschäftes mittels Kupfer und Wage umfaßt eine wirkliche Zahlung, dem sich hinzugesellen bestimmte Worte, die in Gegenwart von Zeugen gesprochen werden.

Läßt man die Worte und Zeugen fort, so haben wir die formlose Zahlung des alten Rechtes.

In dieser Beziehung verdient Beachtung Liu. 6. 14 § 5. Hier wird unterm Jahre 369/385 berichtet von der Befreiung eines centurio aus der Schuldhaft durch M. Manlius, die in folgender Weise geschah: rem creditori palam populo soluit, libraque et aere liberatum emittit.

Mitteis S. 262 versteht die Stelle von einer formellen Zahlung des Manlius an den Gläubiger; Pflüger, Nexum S. 53 dagegen denkt an einen formellen Erlaß der Schuld, die auf Manlius als den nunmehrigen Gläubiger übergegangen wäre.

Mir ist zweifelhaft, ob wir überhaupt nötig haben, die Stelle zu einer förmlichen Zahlung in Beziehung zu setzen. Dem Gläubiger sind die geschuldeten Pfunde Kupfer öffentlich vor dem Volke von Manlius zugewogen worden, dadurch ist der Schuldner vom Gläubiger frei geworden, den auch Manlius losläßt. Von Zeugen ist keine Rede und ebensowenig von bestimmten Worten. Dem Manlius wird die Oeffentlichkeit vor dem Volke genügt haben; und der Gläubiger hatte ja seine Pfunde Kupfer.

Der Vorgang fällt in eine Zeit, wo noch kein Silber geprägt wurde und es noch keinen Zwangskurs gab: siehe Bd. 1 Erkl. 38. Die Zahlung erfolgte daher in alter Weise durch Zuwägung von Kupfer, jedenfalls ist dies die Vorstellung des Livius.

Mag man indes die Stelle verstehen, wie man will. Nicht

jede Veräußerung einer Sache wird in alter Zeit von einer Manzipation begleitet gewesen sein, man wird sich häufig mit bloßer Tradition begnügt haben. So werden auch viele Pfunde Kupfer zum Zwecke der Zahlung zugewogen sein, ohne daß weitere Förmlichkeiten zur Anwendung kamen. Damit hätten wir dann die formlose Zahlung des alten Rechtes.

Wie bei andern Sachen eine formlose Tradition durch Usukapion rechtliche Wirkung erlangen konnte, wird dies auch beim Kupfer, später dem Gelde der Fall gewesen sein. Aber beim Kupfer, Geld ist noch ein anderer Umstand mit in Betracht zu ziehen, mehr tatsächlicher, aber ebenfalls schützender Natur: Kupfer und Geld waren dazu bestimmt, von einer Hand in die andere überzugehen.

Und wie in dieser Beziehung das alte Rechtsgeschäft seiner Form entkleidet wurde, ist andererseits die bloße Form zu einem Rechtsgeschäft geworden. Damit haben wir die Scheinzahlung oder bildliche Zahlung, imaginaria solutio per aes et libram, mit der ich mich zu III, 173—175 näher beschäftigen werde.

2. In bezug auf die alte förmliche Zahlung mittels Kupfer und Wage ist noch die Frage zu erledigen: wie weit sich deren Anwendungsgebiet erstreckt haben mag.

Bei Beantwortung dieser Frage geht eine von vielen geteilte Ansicht auf den Satz zurück, den Paulus fr. 153 de reg. iur. 50, 17 in die Worte faßt: quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur. Vgl. z. B. Ihering, Geist Bd. 2³ S. 627; Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 29. 30; Kuntze, Inhaberpapiere S. 321 und Cursus² S. 435; Fitting, Korrealobl. S. 44; G. Hartmann, Die Obligation S. 29. 30; M. Voigt, Ius naturale Bd. 3 S. 45.

Indessen so frühzeitig wird sich dieser Satz kaum entwickelt haben. Und bei dessen genauer Anwendung hätten wir uns zu beschränken auf das Nexumdarlehn, was doch sicherlich nicht angeht. Ich werde mich zu III, 170 mit diesem Satze näher beschäftigen müssen: siehe Erkl. 56.

Für richtiger halte ich vielmehr die Auffassung, als deren

Vertreter z. B. Girard-von Mayr S. 774 und Mitteis S. 275 zu nennen wären. Danach hätten wir für die alte Zeit in der Zahlung mittels Kupfer und Wage die allgemein zulässige Zahlungsform zu erblicken.

Von meinem Standpunkte aus gelange ich zu dieser Auffassung auf folgende Weise. Meines Erachtens bedurfte es einmal bei allen beweglichen Sachen der Manzipation, wenn Eigentum übergehen sollte. Insonderheit vermag ich mir nicht vorzustellen: wie man in alter Zeit dazu gekommen sein sollte, das Kupfer von den res mancipi auszuschließen. Vgl. Bd. 1 Erkl. 37. Nun will doch und soll doch, wem Kupfer gezahlt wird, an diesem Kupfer Eigentum erwerben. Also bedurfte es einmal bei jeder Zahlung der Manzipation.

Von dieser rechtlichen Notwendigkeit, die einmal bestand, wäre auseinanderzuhalten die spätere Entwicklung. Beim quando non soluisti, welches nach IV, 21 eine Voraussetzung der Zwangsvollstreckung bildete, mag man sich schon frühzeitig damit zufrieden gegeben haben, wenn die geschehene Zuwägung durch gewöhnliche Zeugen bzw. schriftliche Quittung bewiesen wurde. Und in ähnlicher Weise mag das ni cum eo pacit der Zwölftafeln (VIII, 2) gehandhabt sein.

In dieser Beziehung ist bemerkenswert eine Aeußerung von Erman, Z. R. G. Bd. 33 S. 208, 'daß im 4. oder 5. Jahrhundert vor Chr. man im römischen Geschäftsverkehr genau wie im griechischen . . das Haben der geschuldeten Beträge quittungsweis bekannte'. Alle diese Quittungen werden doch nicht gänzlich wertlos gewesen sein.

3. An die Stelle der Zuwägung von Kupfer ist getreten die Zuzählung gemünzten Geldes, die numerata pecunia mit Zwangskurs. Dieses Geld ist nicht mehr res mancipi; oder hat doch aufgehört, diese Eigenschaft zu haben. Die Zuzählung ist Tradition. Durch solche Tradition wird der Gläubiger Volleigentümer. Es steht nichts mehr im Wege, die Wirkungen der alten Zahlung mittels Kupfer und Wage auf diese neue Zuzählung zu übertragen. Das Mittelglied könnte gebildet

haben die formlose Zuwägung von Kupfer. So hätte denn die neue Zuzählung, sei es mittelbar oder unmittelbar, die Erbschaft der alten förmlichen Zuwägung übernommen.

Die Entwicklung mag sich still und geräuschlos vollzogen haben. Ein Hauptsatz: die Zahlung wirkte ipso iure. Der Satz wird aber mehr vorausgesetzt und kommt nur nebenbei zum Vorschein. So schon in unserm § 168. Vgl. ferner Papinian. fr. 95 § 4 de sol. 46, 3: Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto uel iureiurando ipso iure tollitur. Ulp. 1 § 24 de exc. act. 14, 1: sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio; sed et si ab exercitore.

Das ipso iure bildet einen Gegensatz zur exceptio. Uns ist die Einrede der Zahlung ein ganz geläufiger Begriff. Wir stoßen hier auf eine eigenartige Erscheinung.

Es bedurfte also im Formularprozeß keiner Zahlungseinrede, der iudex hatte ohnedies auf die Behauptung, es sei gezahlt worden, Rücksicht zu nehmen.

Die Auffassung wird vermutlich schon der legis actio angehören, die keine exceptiones kannte, wo man sich aber in anderer Weise zu helfen wußte. Hier durch das ipso iure. Wenn demnach der Beklagte dem Aio te mihi centum dare oportere des Klägers ein Nego me tibi centum dare oportere entgegensetzte, so konnte dieses Nego mitumfassen die geschehene Zahlung.

Auf eine Fortbildung durch Wissenschaft und Praxis weisen auch hin verschiedene Streitfragen.

Anlangend die Hingabe an Zahlungs Statt bestand eine Streitfrage zwischen den beiden Schulen. Die Sabinianer behaupteten Wirkung ipso iure; die Proculejaner muteten dem Beklagten zu, daß er sich mittels exceptio doli mali verteidige.

Ebenso bestanden wegen der Teilzahlung unter den römischen Rechtsgelehrten Meinungsverschiedenheiten: ob der Gläubiger sie annehmen müsse oder ablehnen könne. Iulianus fr. 21 de reb. cred. 12, 1 handelt von diesen Meinungsverschiedenheiten:

Quidam existimauerunt. Im Schlußsatze wird der Meinung Ausdruck verliehen: der Prätor müsse den Gläubiger zur Annahme der Teilzahlung nötigen. Diesen Schlußsatz hat aber nach P. Krüger, Dig.[11] schon Faber für Justinianisch erklärt. Einen andern Standpunkt nimmt ein Modestinus fr. 41 § 1 de us. 22, 1.

Die gemeinrechtlichen Schriftsteller sind freilich bemüht gewesen, diesen Gegensatz auszugleichen: vgl. z. B. Brinz, Pand. Bd. 2² S. 302 Anm. 4; Dernburg, Pand. Bd. 2⁴ § 55 Anm. 7; Windscheid, Pand. Bd. 2⁷ § 342 Anm. 20. Allein die Meinungsverschiedenheit ist vorhanden.

Mit fr. 21 D. 12, 1 dürfte in Einklang stehen I. I. III. 29 § 1: quod debetur pro parte recte soluitur. Dieselbe Ansicht entwickelte wohl schon der Nachgajaner III, 172.

54. Acceptilatio. III. 169—172.

Die Form der acceptilatio setzte sich aus Frage und Antwort zusammen: quod ego tibi promisi habesne acceptum? habeo. Siehe ferner Pomp. fr. 15; Ulp. fr. 6; Paul. fr. 9 de acceptil. 46, 4. Jüngere Form bei Ulp. fr. 7 ebenda: accepta facis decem? facio. Beurkundung in dritter Person bei Flor. fr. 18 ebenda: Quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spopondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogauit; Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit. Griechische Fassung bei Ulp. fr. 8 § 4 ebenda und I. I. III, 29 § 1: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών.

Eine solche Form sieht ganz aus wie eine Quittung, und wir dürfen kaum daran zweifeln, daß sich die acceptilatio erst in Anlehnung an die Quittung entwickelt hat: siehe Erman, Z. R. G. Bd. 33 S. 208. Aber die Quittung kann Zusätze erhalten, welche wenigstens nicht für jede acceptilatio passen. Als solche Zusätze treten uns bei den Quittungen des Iucundus z. B. entgegen die Ausdrücke numeratam, numerata, numeratos, soluta, persoluta: C. I. L. IV n. 3340.

Man kann acceptilatio in einem engern oder weitern Sinne verstehen. In weiterem Sinne umfaßt sie mit die Aufhebung einer Obligation durch Zahlung. So nimmt diesen Begriff Ulp. fr. 19 § 1 de acc. 46, 4: Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit; apocha non alias, quam si pecunia soluta sit.

In einem engern Sinne versteht die acceptilatio Gajus. Er beschränkt sie auf den Erlaß einer Forderung: si uelis mihi remittere. Notwendig liegt diese Auffassung aber keineswegs zugrunde dem Satze: mulier sine tutore auctore acceptum facere non potest.

Ihren Ausgang wird die acceptilatio von dem Falle genommen haben, wo die ganze Schuld getilgt bzw. erlassen werden sollte. Noch nach Gajus war es zweifelhaft, ob teilweiser Erlaß auf diese Weise möglich sei. Vgl. Burckhard, Z. R. G. Bd. 22 S. 313. Anerkannt haben diese Möglichkeit: Pomp. fr. 10; Iul. fr. 17; Ulp. fr. 13 §§ 1—3; Paul. fr. 9 de accept. 46, 4.

Die acceptilatio tritt uns bereits entgegen in der lex Aquilia: III, 215. Noch älter wird sein das liberari per aes et libram. Und wir können die acceptilatio wohl als eine Nachbildung dieses liberari betrachten, die bei der Stipulation das zuwege bringen sollte, was anderswo durch das liberari per aes et libram erreicht wurde.

55. Acceptilatio autem est ueluti imaginaria solutio. III, 169. 171.

Wir stoßen hier wiederum auf ein imaginäres Rechtsgeschäft, welchem Begriffe wir bereits I, 113. 119 begegnet sind, und noch III, 173 begegnen werden. Da aber gerade der vorliegende Fall für schwierig gilt, will ich mich hier mit diesem Begriffe näher beschäftigen.

Ein verwandter Begriff ist das dicis causa, welches wir mitberücksichtigen müssen.

Beiderlei Geschäfte erklärt Jhering, Geist Bd. 2 Abt. 2 [3] S. 528 flg.; Bd. 3 [2] S. 273 flg. für Scheingeschäfte. Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 174 flg. nimmt eine Scheidung in zwei abgesonderte Gruppen vor. Rabel, Z. R. G. Bd. 40 S. 300 flg. unterstellt sie den nachgeformten Rechtsgeschäften. Ihm schließt sich an Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 261 Anm. 15.

I. Die imaginären Rechtsgeschäfte.

Ich beschränke mich auf die Beispiele, welche Gajus bringt.

1. Von der mancipatio heißt es I, 113. 119: sie sei imaginaria quaedam uenditio.

Diese uenditio haben wir nicht etwa mit dem Konsensualkontrakt in Verbindung zu bringen; vielmehr ist dabei zu denken an das alte ernstlich gemeinte Doppelgeschäft: der eine nahm die Sache, der andere das Kupfer, das ihm zugewogen wurde. Vgl. Bd. 1 S. 190. Auf dieses alte Doppelgeschäft weist noch hin die spätere Manzipationshandlung, wenn es von ihr heißt: idque aes dat ei, a quo mancipio accipit. Statt der Vollzahlung genügte die Hingabe eines Stückchens Kupfer. Man kann meines Erachtens diese Hingabe getrost eine Scheinzahlung nennen, und die spätere Manzipationsform infolgedessen ein Scheingeschäft. Andererseits steht die Manzipationsform in Beziehung zu einem älteren Geschäfte, das nur nachgebildet worden; insofern liegt vor eine imaginaria uenditio.

Diese Umwandlung machte die Manzipation in weiterem Umfange verwendbar. Die Gegenleistung war fortgefallen, mithin konnte die Manzipation auch bei solchen Geschäften benutzt werden, wo eine Gegenleistung nicht in Frage kam.

2. Aehnlich verhält es sich mit der imaginaria solutio in III, 173, auf die ich Erkl. 58 näher eingehen werde.

3. So bliebe denn noch übrig die acceptilatio, von der es III, 169 heißt: est ueluti imaginaria solutio. Das ueluti ist I. I. III, 29 § 1 fortgelassen.

Hier scheinen Schwierigkeiten zu entstehen. Die acceptilatio ist dem Wortlaute nach eine Quittung. Demnach wirft sich die

Frage auf: inwiefern kann man eine Quittung eine imaginäre Zahlung nennen?

In dieser Beziehung gibt Bechmann Bd. 1 S. 177 zu erwägen: daß die betreffenden Worte 'ursprünglich die formlose Zahlung begleiteten, also nur ein Bestandteil des Gesamtaktes waren'. Und diesen Gedanken möchte ich noch etwas erweitern.

Die formlose Zahlung hatte von Haus aus nicht die Kraft, eine Obligation aufzuheben. Für die alte Zeit war vielmehr die Zahlung mittels Kupfer und Wage die allgemein zulässige Zahlungsform: siehe Erklärung 53. Dieses Rechtsgeschäft reichte aber nicht aus für die Stipulation, die auch Peregrinen zugänglich war. Hier gestattete man nicht etwa sofort die formlose Zahlung. Hier stellte sich vielmehr zwecks Aufhebung die acceptilatio ein, die wir uns von Haus aus so vorzustellen haben, daß sie von der Zahlung begleitet wurde.

Dieser Rechtszustand ist noch anzunehmen für die Zeit der lex Aquilia. Denn wenn nach III, 215 im zweiten Kapitel dieses Gesetzes eine Klage auf Schadenersatz gegen den adstipulator gegeben wurde, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, so werden wir dabei vor allen Dingen an einen solchen adstipulator zu denken haben, der das Geld für sich einzog. Die einfache Zahlung brauchte nicht erwähnt zu werden, weil diese den Bestand der Verpflichtung von Rechts wegen nicht antastete.

Die spätere Entwicklung können wir uns dann so vorstellen, daß die gesprochenen Worte habesne acceptum? habeo zur Aufhebung einer Stipulation genügten, ohne daß sie von einer Zahlung begleitet zu sein brauchten. So konnte denn die acceptilatio auch zur Aufhebung benutzt werden, wo gar keine Zahlung beabsichtigt war. Und wenn man hier von einer imaginären Zahlung sprach, so ist imaginär so viel als 'eingebildet'. Der Gläubiger sagte: er habe empfangen; man bildete sich ein, daß dies wahr sei. Fingiert wäre zuviel gesagt: der Gläubiger konnte empfangen haben, brauchte aber

nicht empfangen zu haben. Man hielt sich an die gesprochenen Worte.

Diese imaginaria solutio läßt sich demnach kaum noch als eine nachgebildete, nachgeformte Zahlung auffassen. Eine 'Ungenauigkeit' gibt Rabel S. 305 auch selber zu. Er glaubt sie heben zu können, indem er solutio auffaßt als 'Lösung im Falle der Zahlung'; 'imaginaria solutio = nachgeformt einem (wir würden sagen: dem) Erfüllungsgeschäfte'. Aber eine Quittung ist weder Zahlung noch Erfüllungsgeschäft, sondern nur ein Zeugnis über eine Zahlung.

Ein solches Zeugnis wäre zwar an sich imstande, die Einbildung hervorzurufen, daß wirklich gezahlt sei; kann aber doch nicht als eine Nachformung der Zahlung aufgefaßt werden.

Mit der Einbildung selber dürfen wir es freilich nicht immer genau nehmen, worauf uns auch das ueluti hinweist. Denn wenn z. B. die acceptilatio benutzt wurde zum Erlaß einer Schuld, so waren sich doch beide Teile darüber klar, daß eine Zahlung weder erfolgte noch erfolgen solle.

Das imaginäre Rechtsgeschäft ist demnach ein ziemlich dehnbarer Begriff. Jedenfalls steht dieses Rechtsgeschäft zu einem andern in Beziehung. Es ist z. B. einem andern nachgeformt. Die Beziehung kann sich aber auch in einer bloßen Einbildung darstellen.

Besondere Schwierigkeiten in der Anwendung scheint das imaginäre Rechtsgeschäft nicht bereitet zu haben. Es wird behandelt sein wie andere Rechtsgeschäfte. Wenigstens sind mir keine eigenartigen Bestimmungen bekannt, die für das imaginäre Rechtsgeschäft bestanden hätten. Insofern würde es sich also um einen einigermaßen harmlosen Begriff handeln.

Dann möchte ich noch eins bemerken. Die Stellen, welche das imaginarius bringen, gehören meines Erachtens sämtlich schon der Vorlage des Gajus an, dürften sogar bereits auf den Grundstock zurückgehen. Somit dürfte uns hier eine altertümliche Auffassung entgegentreten. Anders verhält es sich mit dem dicis causa.

II. Dicis causa, gratia.

V. I. R. II, 205. 206 bringt außer Ulp. fr. 1 § 34 de S.C. Sil. 29, 5 lediglich Stellen von Gajus.

In der Ulpianschen Stelle handelt es sich um Sklaven, die ihrem ermordeten Herrn nur zum Scheine Beistand geleistet hatten und deshalb als Mitschuldige behandelt wurden: si (seruus) . . auxilium . . dicis gratia tulit, nihil hoc commentum ei proderit. Wir haben es also gar nicht mit einem Rechtsgeschäfte zu tun.

Die Gajanischen Stellen beziehen sich sämtlich auf Rechtsgeschäfte. Wir treffen sie alle in den Institutionen an mit Ausnahme von fr. 4 comm. 13, 6. Es handelt sich hier augenscheinlich um einen Gajanischen Sprachgebrauch. Vier dieser Stellen habe ich schon aus andern Gründen für Gajanische Zusätze erklärt, nämlich: I, 141. 190; II, 103. 252. Dasselbe wird von der fünften, II. 104, gelten müssen, wo demnach der Satz Eaque res ita agitur . . mancipat alicui dicis gratia familiam suam einzurücken wäre.

Der Gegensatz zwischen imaginarius und dicis causa, gratia wäre demnach zunächst ein rein äußerlicher. Als überlieferten Sprachgebrauch können wir betrachten imaginarius, Gajus bediente sich des dicis causa, gratia.

Außerdem wäre noch zu erwähnen Mod. fr. 2 § 1 qui pet. tut. 26, 6, wo ὁσίας χάριν mit dicis causa wiedergegeben wird.

Bechmann S. 174 flg. unterscheidet zwischen imaginarius und dicis causa in folgender Weise. Beim imaginarius liege der Schein in der Form: 'man tut nur so'; beim dicis causa dagegen in der Wirkung: 'das Geschäft sieht aus, als hätte es diese Wirkung und hat doch keine oder eine andere'.

Nach Rabel S. 307 bedeute dicis causa 'um des Brauches, der Gewohnheit willen'. Der Gegensatz sei: 'daß eine Handlung um ihrer selbst oder um ihrer natürlichen Wirkungen willen vorgenommen wird'. Sehr häufig blasse die Bedeutung ab: 'zum Scheine'.

Prüfen wir jetzt die einzelnen Fälle etwas näher.

1. Gai. I, 141 berichtet vom Manzipium: Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia. Worauf geht der Satz: aduersus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere, alioquin iniuriarum causa tenebimur.

Es ist keineswegs gesagt, daß das Manzipium von kurzer Dauer andere Wirkungen äußere. Andererseits hat es mit einem Dienstbotenverhältnis, modo uno momento, wie der Nachgajaner hinzufügt, eine andere Bewandtnis als mit einem Manzipium von längerer Dauer. Im einen Falle ein Scheinmanzipium, man tut nur so, im andern Falle ein ernstlich gemeintes Dienstbotenverhältnis. Vgl. Bd. 1 Erkl. 50.

In bezug auf die Wirkung mag hinzugefügt werden, daß auch das Scheinmanzipium eine capitis deminutio zuwege brachte: siehe Bd. 1 S. 261. In dieser Beziehung heißt es bei Paul. fr. 3 § 1 de cap. min. 4, 5: cum emancipari nemo possit nisi in imaginariam seruilem causam deductus. Dieses imaginariam entspricht dem dicis gratia bei Gajus.

2. Gai. I, 190. Hier heißt es vom Frauenvormund: in quibusdam causis dici gratia tutor e lege interponit auctoritatem.

Zu meiner Auflösung des handschriftlichen tutele = tutor e lege bemerke ich nachträglich, daß sie eine Stütze findet in Corp. Gloss. II, 48 Zle 43, das VI, 339 von Goetz so wiedergegeben ist: Dicis gratia νόμου χάριν ὡς παρὰ Γαίῳ τῷ νομικῷ. Rudorff, Die lexicalen Excerpte S. 331 hat vielmehr gedacht an II, 103. 104. Allein hier heißt es doch nur dicis gratia propter ueteris iuris imitationem und vom zweiten dicis gratia in weiterer Entfernung secundum legem publicam.

Das dici gratia in unserer Stelle bildet einen Gegensatz zum ipsae sibi negotia tractant. Dieser Gegensatz ist nicht so zu verstehen, als ob bei den fraglichen Rechtsgeschäften von der Mitwirkung des Frauenvormundes ohne weiteres abgesehen

wäre. Aber eine solche Mitwirkung konnte nötigenfalls erzwungen werden: vgl. Bd. 1 S. 180. Es wird also der Prätor zunächst seine gewöhnlichen Strafmittel zur Anwendung gebracht haben. Bei fortdauernder Weigerung wird freilich nichts anderes übrig geblieben sein, als daß die Mitwirkung des Vormundes in anderer Weise ersetzt wurde. Vgl. Bd. 2 Abt. 2 S. 404. Insofern konnte eine Frau am Ende ihren Willen doch durchsetzen, wenn ihr auch Unbequemlichkeiten entstehen mochten.

Die Erklärung, welche Bechmann S. 180 versucht, ist schwerlich richtig. Siehe dagegen schon Rabel S. 308. Aber auch der Auffassung von Rabel vermag ich mich nicht anzuschließen. Allerdings erfolgt die tutoris auctoritas, um das Frauenhandeln voll zu machen. Damit gelangen wir aber nicht zu einem nachgeformten, sondern zu einem ursprünglichen Geschäfte: genau so wie beim Geschäfte eines Unmündigen.

Im übrigen bleibt fraglich, ob wir der Auffassung des Gajus unbeschränkt zustimmen dürfen. Darauf werde ich unten Erkl. 57 zurückkommen.

3. Gai. II, 103: alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.

Mit dem familiae emptor wird das Geschäft nur noch zum Scheine abgeschlossen. In Wirklichkeit ist an seine Stelle der heres getreten: a quo etiam legata relinquantur.

Hier ist das ursprüngliche Geschäft zu einer bloßen Form herabgesunken für ein anderes Geschäft, das aus dem formellen Hergang nicht ersichtlich wird. Es liegt also ein bloßes Scheingeschäft vor, das als solches keine Bedeutung mehr hat.

4. Gai. II, 104: mancipat alicui dicis gratia familiam suam.

Hier wird das mancipare des Testators in demselben Sinne dicis gratia genannt, wie es bei Ulp. 20, 2 vom Testamente heißt: fit per mancipationem imaginariam. Vgl. schon Rabel S. 309, der aber auch II, 103 hier unterbringt, mit dem es doch eine etwas andere Bewandtnis haben dürfte.

5. Gai. II, 252: in usu erat ei cui restituebatur hereditas nummo uno eam hereditatem dicis causa uenire.

Unter diesem nummo uno uenire ist eine Manzipation zu verstehen: siehe Bd. 2 Abt. 2 S. 391. Auf sie wird das dicis causa angewandt, in derselben Weise wie anderswo von einer imaginaria uenditio die Rede ist. Vgl. Gai. Aut. 67: ima)ginaria uenditione.

6. Gai. fr. 4 comm. 13, 6: Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.

Ich verstehe die Stelle so: der Gläubiger leiht dem Schuldner Geld, damit er ihm zum Scheine seine eigne Forderung bezahle.

Der Gläubiger ist z. B. ein Mietsherr, der es mit vielen Mietern zu tun hat. Er ist gewohnt, daß sämtliche Mieter jedesmal am ersten ihm ihre Miete bringen. Einer von ihnen hat das nötige Geld nicht. Deshalb leiht ihm der Vermieter dieses Geld, damit er ebenfalls am ersten mit seiner Miete sich einstelle. Es soll nicht so aussehen, als ob es diesem einen gestundet wäre, darauf würden sich gleich andere berufen.

Wir hätten hier es demnach mit einem Scheingeschäfte zu tun, worauf heutzutage BGB. § 117 Abt. 2 Anwendung finden würde. In Wirklichkeit hat der Vermieter dem Mieter die Miete gestundet. Diese Stundung wird aber verdeckt durch eine Scheinzahlung der Miete.

Man könnte auch an einen Erlaß der Schuld denken, der nicht offenkundig werden sollte. So oder ähnlich versteht die Stelle Glück Bd. 13 S. 432.

Die Erklärung bei Rabel S. 308 ist mir nicht recht verständlich geworden: 'Die Geldstücke werden zugezählt, nicht damit sie der Empfänger habe, sondern damit die juristische Wirkung, die Schuldentilgung erreicht werde'.

Das Leihen muß doch eine andere Handlung sein als das Zahlen; und dieses Zahlen kann doch nur von dem geschehen, welchem geliehen wurde.

7. Es bliebe noch zu betrachten Mod. fr. 2 § 1 qui pet. tut. 26, 6: καὶ οὐ μόνον ἐὰν μὴ αἰτήσῃ, ἀλλὰ καί, ὃν ἂν αἰτήσῃ, ὁσίας χάριν αἰτήσῃ τὸν ἀφεθῆναι δυνάμενον, εἶτα ἀφεθέντος αὐτοῦ ἢ καὶ ἀποβληθέντος ἄλλον μὴ αἰτήσῃ πάλιν.

Die Mutter hat Vormünder für ihre Kinder zu erbitten. Es genügt aber nicht, wenn sie ihrer Verpflichtung nur so obenhin, ὁσίας χάριν, nachkommt: z. B. wenn sie solche erbittet, die Entschuldigungsgründe haben und hiervon Gebrauch machen. Es ist wohl fraglich, ob dieses ὁσίας χάριν mit dicis causa richtig wiedergegeben. In demselben Sinne bedient sich Ulp. fr. 2 § 32 ad S.C. Tert. 38, 17 des Ausdruckes defunctorie. Vgl. zur Sache Rudorff, Vormundschaftsrt. Bd. 1 S. 425.

Das allgemeine Urteil von Rabel S. 309 geht dahin: daß 'ein irgend festumgrenzter Tatbestand' in Ansehung eines 'dicis causa-Geschäfts' nicht zu erblicken sei.

Ebenso dürfte es sich aber auch mit dem imaginarius verhalten.

Jedenfalls sind imaginarius und dicis causa verwandte Begriffe. Beide Bezeichnungen kommen für dasselbe Rechtsgeschäft vor. Es scheint aber das dicis causa in einem weitern Umfange verwandt zu sein.

56. Consentaneum enim uisum est uerbis factam obligationem posse alis uerbis dissolui. III, 170.

Das uisum est weist auf Gajus hin. Consentaneus kommt mehrfach bei Cicero vor: Orator 22 § 74; de off. 1, 2 § 6. 20 § 68; Phil. 9, 7 § 15; Fam. 3, 6 § 2; Nat. deor. 2, 15 § 42. Im übrigen ist es ein seltenes Wort. Voc. Iur. Rom. I, 924 hat nur 4 Stellen und eine zweifelhafte. Darunter zwei von Gajus, außer der unsrigen noch fr. 7 § 2 de reb. dub. 34, 5. Eine Stelle gehört dem Paulus an: fr. 19 § 4 comm. diu. 10, 3; sodann dem Ulpian fr. 6 § 7 mand. 17, 1 und vielleicht Vat. fr. 173. Also unter den Pandektenjuristen ist Gajus der erste, der sich dieses Ausdruckes

bedient. So können wir auch wohl in unserer Stelle neben dem uisum est das consentaneum als Gajanischen Sprachgebrauch betrachten.

Gajus hat demnach den betreffenden Satz hinzugefügt. Jedenfalls ist er später hinzugefügt worden. Er bringt einen ganz neuen Gedanken. Bis dahin ist, und später wird die Wirkung der acceptilatio zurückgeführt auf eine imaginaria solutio; hier haben wir einen Anwendungsfall des in contrarium actum vor uns.

Mit diesem in contrarium actum, auf das wir schon bei der solutio gestoßen sind, muß ich mich jetzt näher beschäftigen.

Es handelt sich keineswegs um einen Gedanken, der sich bereits in der Urzeit bemerkbar gemacht hätte; vielmehr liegt nur ein späterer Versuch vor, das in contrarium actum dem römischen Rechte anzupassen. So dürfte es angezeigt sein, dem Consentaneum mindestens ohne alle Voreingenommenheit gegenüberzutreten.

Als Hauptstellen kommen in Betracht Pomp. ad Q. Mucium fr. 80 sol. 46, 3: Prout quidque contractum est, ita et solui debet. Gai. fr. 100 de reg. iur. 50, 17: Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt. Ulp. ad Sab. fr. 35 ebenda: Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissoluere, quo colligatum est. Paul. fr. 153 ebenda: Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur; cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. Einzelne Anwendungen Ulp. fr. 2 § 3 de acc. 46, 4; fr. 1 pro derelicto 41, 7; Paul. fr. 8 de adq. uel am. 41, 2; I. I. III, 29 § 4.

Ich sollte meinen, in erster Linie sei es natürlich und angemessen: daß jemand, der Schulden macht, sie auch bezahlt. Von diesem Gesichtspunkte ist das altrömische Recht auch ausgegangen. Die Zwangsvollstreckung tritt ein, quandoc non soluisti. Die Wirkung der acceptilatio und des liberari per aes et libram wird zurückgeführt auf eine imaginaria

solutio. Die Zahlung ist aber nur da ein Entgegengesetztes, wo die Verpflichtung durch Hingabe entstand, wie beim Darlehn: nicht bei den Deliktsobligationen, nicht beim Urteil, nicht beim Geständnis. Und eine Verbalobligation wird doch nicht bloß durch Worte aufgehoben. Pomponius a. a. O. ist ehrlich genug, dies selber einzugestehen: cum uerbis aliquid contraximus, uel re uel uerbis obligatio solui debet . . re, ueluti cum soluit quod promisit. Ferner schließt man doch auch keinen Kauf, um ihn dissensu contrario wieder aufzulösen; vor allen Dingen soll er erfüllt werden.

Diese Aufhebung durch entgegengesetztes Handeln hat man dann auch beobachtet beim dinglichen Recht und sie selbst dem Besitz anpassen wollen. In letzterer Beziehung sieht sich aber Paulus in fr. 153 de reg. iur. veranlaßt, seiner Ausführung ein Fere an die Spitze zu stellen. Ich habe mich mit dieser Stelle eingehend beschäftigt Vac. poss. Bd. 1 S. 128 flg.

Alles in allem: etwas Richtiges ist ja an dieser Aufhebung durch entgegengesetztes Handeln. Aber man darf sich nur nicht verleiten lassen: darin einen Hauptpfeiler der römischen Rechtsordnung zu erblicken, Nebensächliches für eine Hauptsache zu halten. Was insonderheit die Obligationen anbetrifft, so war der Hauptaufhebungsgrund seit uralten Zeiten die Zahlung, und ist es noch heutzutage.

B. W. Leist hat eine eigne Abhandlung geschrieben 'Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte'. Er kommt S. 49 zu dem Ergebnisse: daß die Regel heilsam mitgewirkt habe zur Gewinnung oder Sicherung wichtiger Rechtsbestimmungen. Ob damit nicht schon zuviel gesagt? Und wie stimmt das zu einer andern Bemerkung von Leist auf der folgenden Seite, wonach alles nur 'harmlos verwendete Analogie' war?

Ich möchte weiter hervorheben, daß die Heranziehung des dinglichen Rechtes und Besitzes erst auf Ulpian und Paulus zurückgeht. Pomponius ad Q. Mucium und Gajus beschränken sich auf das contrahi. Ebenso befaßt sich Ulpian ad Sabinum

nur mit Kontrakten. So wurde denn die Regel zunächst nur für Kontrakte aufgestellt, was schon geschehen sein könnte von Sabinus und Q. Mucius. Aber auch bei Kontrakten werden wohl manche Juristen ohne diese Regel fertig geworden sein. Gajus drückt sich freilich fr. 100 de reg. iur. in dieser Beziehung recht allgemein aus. Und wie die Aufnahme seiner Regel ins Justiniansche Rechtsbuch noch für spätere Zeiten seinen Einfluß erkennen läßt, würde damit ebenfalls in Einklang stehen, daß der Consentaneum-Satz erst später eingefügt worden.

In ähnlicher Weise ist der hier auf seinen Ursprung und seine Bedeutung näher ins Auge gefaßte Satz bereits von Pflüger, Nexum und Manc. S. 42 flg. einer Kritik unterzogen worden.

57. Acceptilatio und Zahlungsannahme von seiten einer Frau. III, 171.

Die acceptilatio einer Frau verlangt die Mitwirkung des Vormundes, während diese Mitwirkung bei einer gewöhnlichen Zahlung nicht nötig ist.

Vgl. wegen der Zahlung schon Cic. top. 11, 46.

I. Sofern unsere Stelle von der acceptilatio handelt, ist sie bereits in Beziehung gesetzt worden zu einem Pap. Lond. II n. 470 p. 212 aus dem Jahre 168 n. Chr., herausgegeben von Kenyon, der durch die Lesungen Wilckens einen völlig andern Sinn erhalten hat: siehe Arch. für Pap.forschung Bd. 3 S. 244. Hierauf stützen sich die Wiedergaben bei Mitteis, Z. R. G. Bd. 38 S. 375 flg.; Chrestomathie n. 328; Bruns-Gr.[7] n. 158; Girard, Textes[4] p. 867.

Sarapion, ein Alexandriner, schreibt dem Veteranen Antonius Tiberinus, einem Römer:

Ἐπ(εὶ) ἐπεγράφω κύρ(ι)ος τῆς
(ἐ)μῆς γυναικὸς περιλυού-
σης δάνιον μητρικὸν αὐ-
τῆς κατὰ τὸν νόμον τῶν Ῥω-
μαίων τρί(τ)ου μέρ(ο)υς Ἀμα-

τίας Πρείσκας τῆς καὶ Λουκίας ἐντεῦθεν ἀνεύθυνόν σε ποιῶ διὰ τὸ αὐτὴν ἀπειληφέναι.

Die Frau des Sarapion ist im Begriff, ihr mütterliches Darlehn nach römischer Art aufzulösen zum dritten Teile der Amatia Prisca auch Lucia genannt. Sich dabeigeschrieben hatte der Veteran als Vormund. Alles dies weist hin auf eine tutore auctore vorgenommene acceptilatio der Frau, der hinwieder eine Stipulation, wohl Stipulationsurkunde, über das Darlehn entsprochen haben wird.

Ἐπιγράφεσθαι ist in der Sprache der griechischen Urkunden Kunstausdruck für Erteilung der auctoritas. Das mündliche Sprechen bestimmter Worte wird also wohl nicht erforderlich gewesen sein. Vgl. Mitteis, Grundzüge S. 256.

Was heißt nun aber: zum dritten Teile der Amatia Prisca? Wilcken hält die Amatia Prisca für die Mutter der Frau, Mitteis für die Frau selber. Nach Wilcken ist der Name mit einem aus μητρικὸν herauszuholenden μητρὸς zu verbinden, während der Name der Frau zu Anfang hätte genannt werden müssen.

Aber ist es nicht auffallend, daß dann der Schuldner ganz fehlen würde? Die Frau als solche ist doch als Gäubigerin bezeichnet, das mütterliche Darlehn wird noch auf den Namen der Mutter gelautet haben, das der Tochter vermutlich durch Erbschaft zugefallen war. Dieses Darlehn kommt aber nur zum dritten Teile in Betracht. Und die Schuldnerin dieses Drittels war vielleicht Amatia Prisca. Dieser Punkt wäre für die rechtliche Beurteilung insofern von Bedeutung, als wir es dann nach drei Seiten hin nur mit Römern zu tun hätten: für den Vormund und die Schuldnerin beweist der Name, für die Gläubigerin ist beweisend κατὰ τὸν νόμον τῶν Ῥωμαίων.

II. Wertvoller ist der sonstige Inhalt dieser Urkunde, der uns nach anderen Richtungen hin wichtige Einblicke in das Geschäftsleben der damaligen Zeit gestattet.

1. Die acceptilatio wird benutzt, um eine Darlehnsschuld aufzuheben, wo die Gläubigerin durchaus nicht auf Rückzahlung verzichten will. Der Rückzahlung ist aber die acceptilatio schon voraufgegangen; sie ist also geschehen in Erwartung der Zahlung. Das widerstreitet der Auffassung von Frehse, Z. R. G. Bd. 31 S. 249: 'daß die Zahlung als causa der acceptilatio ausgeschlossen ist'.

2. Wenn aber Zahlung erfolgen sollte, warum begnügte sich der Schuldner nicht mit einfacher Quittung? Hier stoßen wir auf einen dunklen Punkt in unserer Ueberlieferung des römischen Rechtes, auf den ich schon Erkl. 35 unter 9 hingewiesen habe: wie alt ist die exceptio non numeratae pecuniae gegenüber einfachen Empfangsbekenntnissen? Schlesinger läßt dieses Gewohnheitsrecht entstanden sein zwischen Constantinus dem Großen und Justinianus. Salpius hält es dem Formularprozeß noch fern.

Indessen legt unsere Urkunde schon den Gedanken nahe: ein Schuldner, der möglichst sicher gehen will, verlangt acceptilatio und ist mit einfacher Qittung nicht zufrieden.

Das zeitigt weiter den Gedanken: der Gegensatz zwischen einfacher Quittung und acceptilatio wird der gewesen sein, daß die einfache Quittung der exceptio non numeratae pecuniae ausgesetzt war, die bei der acceptilatio fortfiel.

3. Eine solche acceptilatio bot aber andererseits Gefahren für den Gläubiger dar: er mußte acht geben, daß er alsbald zu seinem Gelde gelangte. Vgl. c. 1 de acc. 8, 43 vom Jahre 212.

Bei der Frau hat man die Gültigkeit der acceptilatio von der Mitwirkung des Vormundes abhängig gemacht. Es taucht demnach die Frage auf: welches Verhältnis waltet ob zwischen Frau und Vormund? Muß der Vormund den Rechtsgeschäften der Frau, die seine Mitwirkung verlangen, unbedingt zustimmen? Oder bleibt diese Mitwirkung seinem vernünftigen Ermessen überlassen?

Nehmen wir es genau mit dem dici gratia bei Gajus I,

190, so würden wir wohl sagen müssen: der Frauenvormund ist der reine Jabruder, der allen Geschäften der Frau ohne weiteres zustimmen muß.

Daß dies nicht von Haus aus seine Stellung gewesen sein kann, bedarf indes keiner weitern Ausführung. Und selbst Gajus bietet noch Anhalt dar für eine entgegengesetzte Auffassung, wenn er sagt: saepe etiam inuitus auctor fieri a praetore cogitur. Häufig zwar zwingt der Prätor, aber nicht notwendig. Und wo die Versagung der Mitwirkung den Interessen der Frau entsprach, wird der Prätor sich auf Seite des Vormundes gestellt haben. Vgl. Mitteis, Chrest. S. 382.

Daß eine acceptilatio den Interessen der Frau nicht entsprach, leuchtet namentlich ein, wenn wir uns eine Frau vorstellen, die ihr Geld selber nötig hat und gleichwohl eine Forderung durch acceptilatio ihrem Schuldner schenkungshalber erlassen wollte. In unserm Falle steht eine acceptilatio in Frage, wo die Rückzahlung eines Darlehns erwartet wurde und erfolgt ist. Daß hier ebenfalls von einer Verantwortlichkeit des Vormundes die Rede sein kann, beweist die Entlastung, die ihm erteilt wird. Soll demnach eine acceptilatio die Stelle einer Quittung vertreten, so wird sich ein vorsichtiger Vormund nicht eher an der acceptilatio beteiligen, als bis die Zahlung vorgenommen ist. Gibt er schon vor der Zahlung seine Zustimmung, so geschieht das auf eigne Gefahr. In unserm Falle ist nachträglich die Zahlung erfolgt, somit kann dem Vormund Entlastung erteilt werden, die zugleich als Quittung ihm gegenüber gelten mag.

In bezug auf die gewöhnliche Quittung hebe ich Wilcken gegenüber hervor, daß bei deren Ausstellung die Mitwirkung des Vormundes gar nicht nötig gewesen wäre. Das ist auch die Ansicht von Mitteis. Eine solche Quittung hatte aber nicht die volle Wirkung einer acceptilatio.

4. Die Entlastung wird dem Vormunde erteilt von einem Peregrinen Sarapion für seine Ehefrau, die Römerin ist. Das war doch wohl in Einklang mit dem unter den Ehegatten be-

stehenden Güterrechte. Oder haben wir uns um dieses Güterrecht vielleicht gar nicht zu kümmern?

Man könnte sagen wollen: wenn der Ehemann hier eingreift, so braucht das ja gar nicht der Rechtsordnung entsprochen zu haben. Auch heuzutage kommt es häufig genug vor: daß ein Ehemann die Quittung ausstellt, wo von Rechts wegen die Frau hätte quittieren müssen, und der Schuldner mit der Quittung des Mannes zufrieden ist.

Eine ähnliche Erscheinung ist uns bereits beim Frauenvormunde entgegengetreten, dessen Unterschrift auf den Urkunden bald überflüssig sein dürfte, bald vermißt wird: siehe Bd. 1 S. 255.

In der Tat scheint Mitteis, Z. R. G. einem derartigen Standpunkte nicht abgeneigt zu sein, aber in der Chrest. ihn wieder verlassen zu haben. Andererseits setzt er als möglich: 'daß der Mann als Mandatar seiner Frau die Erklärung abgibt, oder auch, daß sie ihm jene Forderung als Mitgift . . bestellt hatte'.

Jedenfalls legitimiert der Mann sich nicht als solcher. Und könnte für einen peregrinen Ehegatten nicht auch das peregrine Recht in Betracht gekommen sein? Ich werde auf diesen Punkt unter 7 zurückkommen.

5. Mitteis wirft weiter die Frage auf: welche Klage geht gegen den tutor mulieris?

Die Vormundschaftsklage ist ausgeschlossen nach Gai. I, 191: Unde cum tutore nullum ex tutela est iudicium mulieri datum. Vorher ist allgemein ausgesprochen: in quibusdam causis dici gratia tutor e lege interponit auctoritatem suam. Würden wir es mit dieser Allgemeinheit und dem sich anschließenden Unde genau nehmen, so wäre ein Frauenvormund wegen seiner Mitwirkung bei Rechtsgeschäften wohl überhaupt nicht verantwortlich. Aber so wenig der allgemeine Vordersatz nicht unbedenklich, brauchen wir auch das Unde nicht auf die Wagschale zu legen. Es genügt, mit Mitteis aus § 191 den Satz herzuleiten: 'hier ist doch nur die eigentliche a° tutelae in Abrede gestellt'.

Mitteis weist dann hin auf die a° mandati oder a° doli, die je nach Lage des Falls begründet sein mochten.

Bei unserer acceptilatio könnte man sich vielleicht auch anlehnen an die nach III, 215 im zweiten Kapitel der lex Aquilia gegen den adstipulator gewährte Klage, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit.

6. Mitteis benutzt unsere Urkunde zur Erhärtung des von ihm Reichsrecht S. 108 aufgestellten Satzes: daß 'die Frage nach der Person des tutor' sich müsse 'nach dem Personalrecht entscheiden'. Ihm stimmt bei Wenger, Stellvertretung S. 174 Anm. 2. Dagegen hatte Erman, Z. R. G. Bd. 28 S. 254 Anm. 4 die Durchführbarkeit dieses Satzes bezweifelt.

Für Mitteis spricht jedenfalls, daß eine an einen Peregrinen verheiratete Römerin zur Vornahme einer acceptilatio eines römischen Vormundes bedurfte. Die Mitwirkung eines solchen Vormundes beschränkte sich aber auf bestimmte Rechtsgeschäfte. Darüber hinaus hätten sehr wohl auch einem peregrinen Ehemann Befugnisse beigelegt sein können.

7. So komme ich noch einmal zurück auf das Eingreifen des Ehemannes.

Wenn wir uns mit der bloßen Tatsache nicht begnügen wollen, läge vielleicht eine andere rechtliche Grundlage noch näher als die von Mitteis vermutete.

Warum soll denn bei einer Mischehe alles vom Standpunkte des römischen Rechtes aus beurteilt werden? Die Römerin nimmt ihre acceptilatio vor unter Mitwirkung eines römischen Vormundes. Daneben wahrt der Ehemann seine Stellung als Peregrine.

Schon bei der Mitwirkung des römischen Vormundes verrät das ἐπιγράφεσθαι den Einfluß des peregrinen Rechtes. Um so mehr werden wir beim peregrinen Ehemann vom peregrinen Recht unsern Ausgang zu nehmen haben.

In dieser Beziehung wäre vor allen Dingen hervorzuheben: nach griechischem Rechte ist der Ehemann der κύριος seiner

Frau, der zu deren Verfügungen seine Zustimmung zu geben hat. Vgl. Mitteis, Grundzüge S. 227.

Insonderheit bedeutet die Zustimmung des Mannes zu den Rechtsgeschäften seiner Frau nicht bloß eine Erweiterung seiner Machtbefugnisse: er kann für solche Zustimmung auch verantwortlich gemacht werden, wenn die Frau dadurch zu Schaden kam.

Dies ergibt eine Scheidungsurkunde bei C. P. R. 23 auf Grund des Oxyrhynch. Pap. II S. 239 berichtigten Textes, den Mitteis, Chrest. 294 wiedergibt: wo die Frau Zle 9—11 erklärt, den Mann wegen ungehörig erteilter auctoritas nicht zur Verantwortung ziehen zu wollen, μὴ ἐπελεύσασθαι . . περὶ ὧν ἐπεγράφη αὐτῆς ὁ Σύρος κύριος.

Bei unserer acceptilatio, wo der peregrine Ehemann gar nicht mitzuwirken hat, kann er zwar nicht für ungehörige Mitwirkung in Anspruch genommen werden. Aber der Umstand, daß er dem römischen Vormund Entlastung erteilt, gestattet den Schluß: daß er es ist, welcher den römischen Vormund zu beaufsichtigen hat. Und da es sich um Vermögen der Frau handelt, kommt diese Beaufsichtigung wieder der Frau zugute. Die Sache läge demnach so: der peregrine Ehemann hat dafür zu sorgen, daß die Mitwirkung des römischen Vormundes ordnungsgemäß vor sich gehe. Der römische Vormund ist dem peregrinen Ehemann, und dieser wiederum seiner Frau gegenüber der Verpflichtete. Damit wäre mittelbar auch bei solchen Geschäften, die einer römischen auctoritas bedürfen, mittelbar der Grundgedanke des griechischen Rechtes durchgeführt: der Ehemann ist der κύριος seiner Frau.

III. Jetzt wäre noch eine Hauptfrage zu erledigen. Worauf beruht es eigentlich, daß die von einer Frau vorgenommene acceptilatio einer tutoris auctoritas bedurfte?

Wenn wir uns die Aufzählung bei Ulp. 11, 27 näher ansehen, so kann nur in Betracht kommen die Rubrik si ciuile negotium gerant. Hieraus hat schon Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 66 Anm. 9 die Folgerung gezogen: also muß die

acceptilatio unter die negotia ciuilia gezählt werden. Wie reimt sich aber dazu, daß derselbe Ulpian lib. 48 ad Sabinum fr. 8 § 4 die acceptilatio dem ius gentium überweist?

Mitteis versucht folgende Erklärung: 'Letzteres bezieht sich eben auf den Umfang ihrer Verwendbarkeit, bei ersterem wirkt der altzivile Satz nach, der zu Formalakten des ius ciuile die auctoritas verlangt'.

Eine solche Scheidung scheint zunächst allgemeinen Grundsätzen zu widersprechen. Die Form ist es ja gerade, welche Völker trennende und Völker verbindende Bedeutung hat; die Form bestimmt also das Anwendungsgebiet. Dies muß insonderheit von der acceptilatio gelten, welche eine Verbalobligation zur Voraussetzung hat.

Von dieser Verbalobligation heißt es nun bei Gajus III, 93: Sed haec quidem uerborum obligatio 'dari spondes? spondeo' propria ciuium Romanorum est; ceterae uero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines siue ciues Romanos siue peregrinos ualent.

Ich folgere so. Die acceptilatio ist ein ciuile negotium. Also ist sie nur unter Römern zulässig. Also hat sie eine sponsio zu ihrer Voraussetzung. Also bedarf eine Frau, welche die acceptilatio vornimmt, der tutoris auctoritas.

Wäre dagegen die acceptilatio dem ius gentium einzureihen, so würde sie auch zulässig sein zwischen Römern und Peregrinen. Mithin wäre eine sponsio nicht gerade erforderlich, es würde auch jede andere Verbalobligation genügen. Andererseits wäre bei einer acceptilatio, welche eine Frau vornahm, eine tutoris auctoritas nicht erforderlich.

Somit läge ein Widerspruch vor, der sich meines Erachtens nur auf geschichtlichem Wege lösen läßt. Die Auffassung der acceptilatio als ciuile negotium ist die ältere Rechtsbildung, die Ueberweisung an das ius gentium wird erst später erfolgt sein.

In der Tat macht die Ausführung bei Ulp. ad Sabinum ganz den Eindruck einer jüngeren Entwicklung. Es heißt hier:

tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt aduersus dominum, quia hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio. Mommsen möchte das quia streichen. Meines Erachtens bedurfte die Aufhebung der honorariae obligationes durch acceptilatio noch einer besonderen Begründung. Eine verwandte Stelle ist Ulp. lib. 46 ad Sabinum fr. 4 de transact. 2, 15: Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes nouat et peremit ipsaque peremitur per acceptilationem; et hoc iure utimur.

Andererseits ist bemerkenswert, daß es in der stipulatio Aquiliana bei Flor. fr. 18 § 1 de acc. 46, 4 noch heißt: spopondit Numerius Negidius. Dazu paßt dann freilich nicht die Fortsetzung: quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spopondit. Vielleicht ist das promisit erst später eingeschoben. Es heißt auch I. I. III, 29 § 2 bloß spopondi.

Weiter wäre aufmerksam zu machen auf Pomp. fr. 107 de sol. 46, 3: Verborum obligatio aut naturaliter resoluitur aut ciuiliter . . ciuiliter ueluti acceptilatione.

Schon bei Schulting zu fr. 8 § 4 D. 46, 4 wird eine ältere Ansicht über die acceptilatio mitgeteilt, die dahin lautet: Alii putant ab intio fuisse iuris ciuilis, post transiisse in ius gentium.

Und für diese ältere Auffassung kann jetzt auch unsere Urkunde aus dem Jahre 168 n. Chr. als Zeugnis benutzt werden.

Mit dieser Annahme ist aber noch nicht alle Schwierigkeit gehoben. Pomponius spricht allerdings von einem ciuiliter bei Aufhebung der Obligation durch acceptilatio; andererseits finden wir aber bei ihm fr. 15 D. 46, 4 bei einer zum Zwecke einer Acceptilation gestellten Frage ein promisi. Ebenso heißt es bei Gajus III, 169: quod ego tibi promisi habesne acceptum?

Wir können demnach kaum daran zweifeln, daß Pomponius und Gajus die acceptilatio schon den Peregrinen gestattet haben.

Somit wäre der Uebergang vom ius ciuile zum ius

gentium zunächst nur teilweise durchgeführt worden. Und insofern nähere ich mich wieder der Auffassung von Mitteis. Allerdings ist die acceptilatio später auch Peregrinen zugänglich geworden, und insofern ist sie dem ius gentium einzureihen. Gegen die Regel hat man dann aber die acceptilatio einer Frau in bezug auf die Notwendigkeit einer tutoris auctoritas nach wie vor als ein ciuile negotium behandelt.

So haben wir denn hier eine Zwitterbildung vor uns. Und wenn man sich nicht gleich entschloß, die acceptilatio in jeder Beziehung dem ius gentium zu unterwerfen, so mögen sich hier praktische Erwägungen Geltung verschafft haben. Mit Vollziehung einer acceptilatio war zugleich eine vollbeweisende Quittung ausgestellt; die Quittung über eine gewöhnliche Zahlung wird minder wirksam gewesen sein.

58. Imaginaria solutio per aes et libram. III, 173—175.

Die §§ 173—175 bringen uns altertümliches Recht. Gradenwitz, Festgabe für Bekker S. 387 bemerkt: 'wie ein erratischer Block ragt die solutio per aes et libram hinein'. Die Schwierigkeiten sind um so größer, als der überlieferte Text keineswegs nach allen Richtungen hin ein gesicherter sein dürfte.

Ich will zunächst den Inhalt als solchen vorführen und in Anknüpfung daran eine geschichtliche Entwicklung versuchen.

I. Der Inhalt als solcher.

1. Die Zahlung zum Scheine mittels Kupfer und Wage ist zulässig in bestimmten Fällen. Als Beispiele werden zunächst genannt: Verpflichtungen, die hervorgehen aus dem gerere per aes et libram.

Das Rechtsgeschäft mittels Kupfer und Wage erzeugte nach verschiedenen Richtungen hin Verpflichtungen. Wer falsche Zusagen machte, haftete auf das Doppelte. Cic. de off. 3, 16 § 65: ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret. In dieser Be-

ziehung kamen namentlich in Betracht das Einstehen für den Flächeninhalt wie das Eigentum: Paul. sent. 2, 17 §§ 3. 4. Ob es hinsichtlich des Eigentums einer besondern Zusage bedurfte, ist freilich streitig: vgl. Rabel, Haftung des Verkäufers Bd. 1 S. 5 flg. Vielleicht ist altes und neues Recht auseinanderzuhalten. Ich werde Gelegenheit finden, auf diese Frage zurückzukommen. Der Haftung für Zusagen stehen andererseits gegenüber Verpflichtungen, die auferlegt werden durch ein damnas esto. Auch hiervon wird später näher zu handeln sein.

Dem gerere per aes et libram ist angereiht die iudicati causa, vielleicht von einem Nachgajaner; aber der Fall wird ebenfalls schon alt sein.

2. Als Handlung wird uns vorgeführt eine Scheinzahlung. Dieselbe bestand darin, daß der Schuldner, statt in Wahrheit den geschuldeten Betrag zu zahlen, die Wage mit einem Kupferstücke berührte und dieses dem Gläubiger gab, ueluti soluendi causa.

Aber die Worte, die der Zahlende sprach, sind augenscheinlich hergenommen von einer ernstlich gemeinten Vollzahlung. Und zwar reicht diese Formel in eine Zeit hinein, wo das Kupfer noch zugewogen wurde: hanc tibi libram primam postremamque expendo de legem publicam.

Das ist zugleich eine Zeit, wo das Kupfer noch res mancipi war: siehe Buch 1 Erkl. 37 S. 211. Also konnte eine gültige Zahlung ohne Manzipation gar nicht vor sich gehen.

3. Der Zweck, dem diese Manzipation dienen sollte, fand Ausdruck in den Worten: me eo nomine de te soluo liberoque hoc aere aeneaque libra. Das eo nomine weist hin auf den Schuldgrund, der vorher angegeben sein mußte, z. B.: quod ego tibi tot milia condemnatus iudicio sum. Die Formel hatte ihre gesetzliche Grundlage; bei der lex publica ist zu denken an das Zwölftafelgesetz. Vgl. Kübler, Z. R. G. Bd. 38 S. 274.

4. Diese alte Aufhebungsform schloß zugleich in sich eine

Quittung über geschehene Vollzahlung; eine Quittung, die freilich der Zahlende sich selber ausstellte, allerdings seinem Gläubiger gegenüber. Diese Quittung hat man beibehalten, als die Vollzahlung zur Scheinzahlung geworden war. So haben wir hier also schon einen ähnlichen Vorgang, wie er sich später bei der acceptilatio wiederholte.

5. Diese Aufhebungsform ist auf das Damnationslegat übertragen. Vom Grundstocke ist der § 175 noch fernzuhalten. Hier tritt aber ein Stillstand der Entwicklung ein. Das älteste Damnationslegat hatte zum Gegenstande bestimmte Pfunde Kupfer, bestimmtes Geld: vgl. Buch 2 Abt. 2 Erkl. 61. Dann erweiterte sich dasselbe und griff über auf Sachen, die gemessen wurden: vgl. t. D. de tritico uino uel oleo legato 33, 6. Es war aber eine Streitfrage, ob die Aufhebungsform mittels Kupfer und Wage hier folgen solle; um so mehr wurde davon abgesehen bei den sonstigen Erweiterungen, die das Damnationslegat im Laufe der Zeit erfuhr.

6. Daß auch das Partitionslegat einen Anwendungsfall für unsere Aufhebungsform darbot, ersehen wir aus Cic. de leg. 2, 21 § 53. Es mag dahingestellt bleiben, ob und inwiefern wir die partitio dem Damnationslegat unterzuordnen haben. Vgl. über das Partitionslegat Bd. 2 Abt. 2 Erkl. 56.

7. Auf die Stipulation ist diese Aufhebungsform nicht übertragen worden, hier hat sich statt dessen die acceptilatio entwickelt.

II. Der Entwicklungsgang.

1. Solange das Kupfer noch res mancipi war, konnte eine vollgültige Zahlung nur in Gestalt der Manzipation vorgenommen werden. In dieser Manzipation haben wir die allgemein zulässige Zahlungsform zu erblicken. Vgl. Erkl. 53 unter 2.

2. Als später zwischen res mancipi und nec mancipi unterschieden wurde, hat sich für Verpflichtungen, welche das Rechtsgeschäft mittels Kupfer und Wage erzeugte, eine Schein-

zahlung in Manzipationsform gebildet, dazu bestimmt, solche Verpflichtungen aufzuheben.

3. Besondere Vorsicht bei Aufhebung einer Verpflichtung war geboten hinsichtlich der Urteilsschuld. Denn der verurteilte Schuldner konnte von seinem Gläubiger in Schuldhaft abgeführt werden. Diese Urteilsschuld hat besondere Berücksichtigung gefunden, aber in verschiedener Weise.

In der Formel des § 174 heißt es condemnat. Und wenn es auch nicht sicher, wie die folgende kurze Lücke auszufüllen, dürfte es doch nicht zweifelhaft sein, daß wir es hier mit einem condemnare zu tun haben. Dagegen ist § 173 von einer iudicati causa die Rede. Beides hat man bisher für gleichbedeutend genommen; und dafür scheint die Verbindung iudicatus condemnati im § 175 zu sprechen.

Aber an und für sich sind iudicare und condemnare verschiedene Begriffe. Dies beweist schon die Regel, der wir III, 180 gleich begegnen werden: post condemnationem iudicatum facere oportere. Der condemnatus soll wie ein iudicatus behandelt werden. Beim condemnatus haben wir vor allen Dingen an den Formularprozeß zu denken. Wenn dagegen im Falle einer legis actio per sacramentum das sacramentum des Beklagten für iniustum erklärt wurde, so haben wir es nicht mit einem condemnatus, wohl aber mit einem iudicatus zu tun. Einen derartigen Gegensatz werden wir auch hier zugrunde legen müssen, wo es sich um altertümliches Recht handelt. Damit steht nicht in Widerspruch, daß § 175 iudicatus in einem weitern Sinne den condemnatus mitumfaßt.

In der Formel des § 174 tritt uns entgegen der condemnatus. Das erklärt sich daraus, daß später der Formularprozeß überwog. Für den iudicatus werden wir etwa folgende Formel in Anspruch nehmen dürfen: Quod ego tibi tot milia ex iudicati causa debeo.

Diese Formel wäre in Verbindung zu bringen mit dem Satze der Zwölftafeln III, 3: ni iudicatum facit . . secum

ducito. Hierzu bemerkt L. Wenger, Actio iudicati S. 243: 'wörtlich genommen hat die Zahlung nach der Vorführung des Schuldners vor den Prätor in iure zu erfolgen'. Wenger leitet daraus her, daß der Gläubiger nicht nötig hatte, die Zahlung vor Ablauf des Dreißigsten anzunehmen. Aber andererseits ist auch das Interesse des Schuldners zu berücksichtigen, dem auf diese Weise Gelegenheit gegeben war, sich den besten Beweis von der Welt zu sichern, indem die Manzipationshandlung in Gegenwart des Prätors vor sich ging.

Daß aber ein Gläubiger sich weigerte, das Kupfer vor dem Dreißigsten anzunehmen, wird ein seltener Fall geblieben sein. Es ließe sich doch auch in Abwesenheit des Prätors eine Manzipation vornehmen. Die vollständige Handlung ist dann ersetzt worden durch eine Zahlung zum Scheine, die aber ebenfalls aufhebende Wirkung hatte.

4. Die Form ist nur für besondere Fälle ausgebildet. Ihnen reihte sich später an das Damnationslegat. Hier gerät aber die Entwicklung ins Stocken, indem man sich auf bestimmte Arten dieses Legates beschränkte.

5. Dieser Stillstand in der Entwicklung wird damit zusammenhängen, daß man sich später in anderer Weise zu helfen wußte. Man verwandelte durch Novation alle möglichen Verbindlichkeiten in Stipulationsschulden und konnte sich ihrer dann auf dem Wege der Acceptilatio entledigen.

59. Novation. III, 176—179.

I. Die Novation erfolgt durch Stipulation: entweder unter Hinzutritt einer neuen Person oder zwischen dem bisherigen Gläubiger und Schuldner. Im letzteren Falle muß etwas Neues hinzukommen: si quid in posteriore stipulatione noui sit. Den animus nouandi haben wir für die alte Zeit beiseite zu lassen. Vgl. Einfluß der bedingten Novation S. 145; Salpius, Novation und Delegation S. 186 flg.; Dernburg, Pand. Bd. 2⁴ § 60 Anm. 6; Levy, Sponsio S. 32 und die dort Anm. 1 hierfür beigebrachte Litteratur.

1. Selbst die unwirksame Stipulation novierte: licet posterior stipulatio inutilis sit. Beispiele: es läßt sich jemand, was ihm ein anderer schuldet, vom Titius nach dessen Tode versprechen; oder von einer Frau bzw. einem Unmündigen ohne Mitwirkung des Vormundes. Ebenso behandelte noch Servius Sulpicius auch den Fall, wenn sich jemand das, was ihm ein anderer schuldete, von einem Sklaven hatte versprechen lassen.

Gajus sieht das Versprechen eines Sklaven als nicht vorhanden an und läßt demnach die alte Obligation bei Bestand.

Theoph. III, 29 § 3 begründet diese Auffassung damit: ἀπρόσωπος δὲ παρὰ τοῖς νόμοις ὁ δοῦλος. Wenn der Sklave aber keine Person wäre, könnte er auch keine natürliche Verbindlichkeit eingehen, nicht für andere Rechtsgeschäfte abschließen usw. Der Frage ist auch nach dem spätern römischen Rechte immer nur die geblieben: wie weit reicht die Persönlichkeit des Sklaven? Vgl. Buch 1 Erkl. 14.

Ich werde auf die Novation durch unwirksame Stipulation unten Erkl. 62 noch einmal zurückkommen.

2. Als Beispiele für etwas Neues, wenn zwischen dem bisherigen Gläubiger und Schuldner die Stipulation abgeschlossen wird, werden genannt: Hinzufügung bzw. Fortlassung einer Bedingung oder eines Sponsor.

Später scheint noch der dies eingeschoben zu sein: eine betagte Schuld kann in eine sofort fällige und eine fällige in eine betagte verwandelt werden.

Unsere heutige Auffassung geht dahin: die alte Obligation bleibt bei Bestand, erleidet aber hinsichtlich der Zahlungszeit eine Aenderung. Die Römer haben statt dessen noviert. Beides läuft schließlich praktisch auf dasselbe hinaus, denn von dem einen wie dem andern Standpunkte aus gibt für den Zeitpunkt der Zahlung die letzte Abmachung den Ausschlag. Insofern tritt also die Verschiedenheit in der Grundauffassung hier nicht weiter hervor.

Anders liegt aber die Sache schon beim sponsor' und

sonstige Schwierigkeiten bietet dar die bedingte Novation. Mit beiden werde ich mich Erkl. 60. 61 noch etwas näher beschäftigen.

II. Eine Novation unter denselben Personen verlangt etwas Neues. Das ist eine Voraussetzung, die uns klar und deutlich entgegentritt in dem Satze: si quid in posteriore stipulatione noui sit. Aber vielleicht enthält dieser Satz, mehr versteckt, außerdem eine zweite Voraussetzung, was freilich, soweit ich sehe, bisher noch gar nicht berücksichtigt worden.

1. Wenn eine posterior stipulatio etwas Neues enthalten soll, so scheint ihr eine prior voraufgegangen zu sein, die das Neue noch nicht enthielt. Obige Regel spiegelt demnach einen Rechtszustand wider, wonach eine Novation nur bei Stipulationen zulässig war.

Man möchte einwenden: mit der posterior stipulatio sei es so genau nicht zu nehmen; es sei vielmehr zulässig, sich als Gegensatz eine prior obligatio vorzustellen. Aber wenn wir eine frühere Obligation in Gestalt einer Nichtstipulation zugrunde legen, so würden wir quid noui ja gar nicht mehr nötig haben, weil dann die Stipulation als solche schon das nouum wäre. Außerdem soll doch zur Stipulation etwas Neues hinzukommen, mithin kann die Stipulation selber nicht schon das Neue sein. Ferner wird § 176 der posterior stipulatio eine prima, also prima stipulatio gegenübergestellt.

Ich schloß die vorige Erklärung mit dem Satze: der Stillstand in der Entwicklung der imaginaria solutio per aes et libram beim Damnationslegat werde damit zusammenhängen, daß man sich später in anderer Weise zu helfen wußte; und diese Abhilfe habe darin bestanden, daß man durch Novation alle möglichen Verbindlichkeiten in Stipulationsschulden verwandeln und sich ihrer dann auf dem Wege der acceptilatio entledigen konnte.

Das war aber spätere Entwicklung. Unsere Rechtsregel weist darauf hin, daß eine Novation ohne Personenwechsel ursprünglich nur bei Stipulationen zulässig gewesen sein wird.

2. Und hier greife ich auf eine Stelle zurück, die mich schon Bd. 2 Abt. 1 S. 193 beschäftigt hat, nämlich Cic. de leg. 2, 21 § 53: Hoc uero nihil ad pontificium ius et e medio est iure ciuili, ut per aes et libram heredem testamenti soluant et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is, cui legatum est, stipulatus est id ipsum, quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sitque ea non. Huschke ergänzt: mortis causa capta.

Nach § 52 sollten zu den sacra herangezogen werden: qui tantundem caperent quantum omnes heredes. Diese Bestimmung suchte man auf verschiedene Weise zu umgehen. Auch in der Weise, daß das Legat per aes et libram aufgehoben und dann stipulationsweise versprochen wurde.

Schon Savigny, Z. f. gesch. Rtsw. Bd. 2 S. 379 flg. ist aufgefallen: 'daß es überhaupt erst noch einer besondern Befreiung bedurfte, da nach der Theorie in unsern Rechtsquellen die bloße Stipulation (als Novatio) zugleich die frühere Obligation zu tilgen hinreichend scheint'.

Leist, Forts. Bd. 1 S. 193 erblickt in diesem Verfahren 'eine der ältesten Novationsgestaltungen. Die alte Obligation wird nicht gleich durch eine neue aufgehoben, sondern Aufhebungsakt und Neubegründungsakt sind noch völlig getrennt'.

Befriedigend ist schwerlich die Erklärung von Huschke, Nexum S. 242 flg.: 'da es hier auf das capere ankam'. Gegen ihn hat sich schon ausgesprochen Burckhard, Z. R. G. Bd. 22 S. 305 Anm. 1.

Aber auch die von Burckhard S. 307 versuchte Erklärung will mich nicht befriedigen. Nach Burckhard 'ist doch gewiß das Bedenken begreiflich, liberatorischen Effekt hinsichtlich der durch das Legat begründeten Verpflichtung gegen die Götter einer Stipulation beizulegen, welche ausdrücklich auf das die Sacralpflicht begründende Legat als ihre Quelle und ihren Inhalt Bezug nimmt'.

Dem gegenüber wäre hervorzuheben: daß die Kniffe und

Schliche, mit denen wir es hier zu tun haben, eine besondere Hochachtung für die Götter überhaupt nicht verraten.

Meines Erachtens ist schon Leist der Wahrheit sehr nahe gekommen. Er ist aber anscheinend zu weit gegangen; hat wenigstens seine Ansicht nicht scharf genug abgegrenzt. Eine Novation wird es damals schon gegeben haben. Sie hatte aber als Grundschuld noch ein Stipulationsversprechen zu ihrer Voraussetzung. Deshalb half man sich beim Legat in der Weise, daß man es zunächst in aller Form Rechtens aufhob und dann die Stipulation vornahm.

3. Sollte es diesem allem zufolge richtig sein, daß die Novation unter denselben Personen einmal nur zulässig war bei Stipulationsschulden, so taucht die Frage auf: wann und wie mag sich dieser Zustand geändert haben?

In dieser Beziehung wäre wiederum hinzuweisen auf die stipulatio Aquiliana. Dieselbe wird heutzutage vorzugsweise vom Standpunkte einer Generalquittung aus betrachtet. Dieselbe bringt aber zugleich eine Novationserweiterung über das Gebiet der Stipulation hinaus, die vielleicht erst auf Gallus Aquilius zurückgeht.

Die stipulatio Aquiliana ist uns doppelt überliefert: einmal bei Florent. fr. 18 § 1 de acc. 44, 4 und dann I. I. III, 29 § 2. Beide Texte weichen in etwas voneinander ab: vgl. Bremer, Iurispr. Antehadr. I, S. 117. Außerdem enthält keiner von ihnen genau die ursprüngliche Fassung.

In letzterer Beziehung macht Bremer darauf aufmerksam, daß beiderlei Texte bei der voraufgehenden Stipulation die dritte Person bringen: tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Aquilius werde sich der zweiten Person bedient haben: tantam pecuniam dare spondesne? spondeo. Die sich anlehnende acceptio gibt dann Bremer, abweichend von beiden Texten, so wieder: quidquid tibi hodie spopondi, habesne acceptum? habeo acceptum.

Was die Abweichung beider Texte voneinander anbetrifft,

so fällt namentlich ins Gewicht, daß I. I. hinter possides einen Satz bringen, welcher bei Florentinus fehlt, nämlich: possideresue doloue malo fecisti, quo minus possideas. Daraus folgert Girard-von Mayr S. 370 Anm. 1 mit Recht, daß es sich hier um einen Gedanken handelt, der dem Gallus Aquilius noch fremd gewesen.

Andererseits könnte der Text des Florentinus ebenfalls schon Zusätze enthalten. In dieser Beziehung habe ich Erkl. 57 unter III, S. 373 schon aufmerksam gemacht auf das promisit vor spopondit, während I. I. sich auf ein spopondi beschränken. Die acceptilatio als ein ciuile negotium wird sich von Haus aus auf die sponsio beschränkt haben.

Weiter nimmt Girard-von Mayr S. 777 Anm. 1 Anstoß an den Worten uel aduersus te persecutio est erit, die sich in beiden Texten finden. Er findet in diesen Worten eine Anspielung auf die Ansprüche, die extra ordinem geltend gemacht werden. Und scheint demnach der Ansicht zu sein, daß Gallus Aquilius an Fälle der extraordinaria cognitio noch gar nicht denken konnte. Das wäre freilich die Meinung von Eisele, Cognitur S. 32, deren Richtigkeit mir aber zweifelhaft vorkommt: siehe Societas publ. S. 456.

Einen bessern Anhalt für eine spätere Erweiterung der stipulatio Aquiliana dürfte uns darbieten das einleitende pr. von fr. 18, das so lautet: Et uno ex pluribus contractibus uel certis uel incertis uel, quibusdam exceptis, ceteris et omnibus ex causis una acceptilatio et liberatio fieri potest.

Die Stelle hat schon verschiedenen Anstoß erregt. Unbeanstandet ist dabei bis jetzt das Wort uno geblieben. Und gerade dieses kommt mir recht sinnlos vor. Ich möchte statt dessen una vorschlagen. Wir brauchen hier der una acceptilatio gegenüber den Gedanken, daß sie ex pluribus contractibus gleichzeitig erfolgt: wie dies zu Anfang von I. I. § 2 weitläufiger ausgeführt wird.

Im übrigen macht die Stelle durchaus den Eindruck, als ob eine größere Verallgemeinerung hier erst hineininterpoliert

wäre. Die Verbindung ceteris et omnibus ist genau genommen ein Widerspruch. Ich streiche daher et omnibus. Mit dem uel certis uel incertis ist bereits Pernice, Z. R. G. Bd. 26 S. 253 so verfahren.

Auf diese Weise erhalten wir folgenden Text: Et una ex pluribus contractibus uel, quibusdam exceptis, ceteris ex causis una acceptilatio et liberatio fieri potest.

Nun fällt weiter auf, daß in der uns überlieferten Formel von contractus und causae gar keine Rede; geschweige denn von den ausgenommenen causae. Es sieht so aus, als hätten wir nur den Schluß der Formel vor uns.

Was die Ausnahmen anbetrifft, so könnte man vom Standpunkte des Justinianschen Rechtes aus dabei an eine besondere Vereinbarung denken: vgl. z. B. Ulp. fr. 6 de acc. 46, 4. Den ursprünglichen Sinn würden wir damit aber kaum erfaßt haben. Es müssen hier bestimmte Fälle vorgeführt sein, worauf auch das quibusdam hinweist.

Was für Fälle mögen das gewesen sein? Die contractus lassen wir beiseite und haben uns zu beschränken auf die ceterae causae.

Nun birgt die acceptilatio in sich eine Quittung. Eine Quittung anderer Art ist die imaginaria solutio per aes et libram. Welches Verhältnis mag sich zwischen beiderlei Arten Quittungen infolge der stipulatio Aquiliana zunächst entwickelt haben? Bei letzterer haben wir es zu tun mit quibusdam exceptis causis; bei der Scheinzahlung mittels Kupfer und Wage tritt uns ein genus certis in causis recepticium entgegen. Vielleicht paßt beides zueinander. Am Ende sind certae causae des Einen zugleich die exceptae causae des Andern.

Die Beispiele, welchen wir bei der Scheinzahlung mittels Kupfer und Wage begegnen, sind nach III, 173: quod per aes et libram gestum esset und ex iudicati causa debitum: dem ersteren ordnet sich unter das III, 175 erwähnte Damnationslegat wie das Partitionslegat bei Cic. de leg. 2, 21 § 53.

Also noch nach der ursprünglichen stipulatio Aquiliana wäre die Novation einer Legatenforderung durch Stipulation gar nicht möglich gewesen; dies muß um so mehr für die frühere Zeit gelten.

Damit dürfte das von Cicero für die Scheinzahlung mittels Kupfer und Wage gebrachte Beispiel seine Erklärung gefunden haben. Um so mehr, als wir gar nicht einmal nötig haben, es unmittelbar mit der stipulatio Aquiliana in Verbindung zu bringen: da die Kniffe und Schliche, mit denen wir es hier zu tun haben, schon höher hinauf reichten.

Später ist freilich das Legat ebenfalls der Novation zugänglich geworden: Venuleius, Nerua filius fr. 21 de accept. 46, 4; Ulp. fr. 4 de transact. 2, 15.

Ich nehme also an: daß Gallus Aquilius nicht bloß eine Formel für eine Generalquittung schuf, sondern zu diesem Zwecke zugleich das Gebiet der Novation über die Stipulation hinaus erweiterte. Was zum Zwecke einer Generalquittung, mußte auch zu andern Zwecken möglich sein. Dieser Gedanke war schon keimartig in der Aquilischen Formel erhalten und wird sich alsbald Geltung verschafft haben. Einige Ausnahmen blieben zunächst bestehen, die im Laufe der Zeit ebenfalls fortfielen.

Die Ansicht, daß Gallus Aquilius es war, der das Gebiet der Novation über die Stipulation hinaus erweiterte, ist übrigens keineswegs neu. Dies war schon zu Hugos Zeiten die gemeine Meinung. Hugo selber bekämpfte sie in seinem Civ. Magazin 1897 Bd. 2 S. 422 flg.

60. Novation und sponsor. III, 177. 178.

Eine Novation zwischen dem bisherigen Gläubiger und Schuldner ist nur möglich: si quid in posteriore stipulatione noui sit.

Als Beispiel wird mitangeführt die Hinzufügung oder Weglassung eines sponsor: si . . sponsor . . adiciatur aut trahatur.

Da diese Neuerung bei der spätern Stipulation erfolgt, müssen wir eine neue Stipulation zwischen dem bisherigen Gläubiger und Schuldner voraussetzen, bei welcher die Neuerung vorgenommen wurde.

Bei dieser neu abgeschlossenen Stipulation wäre dann das den sponsor betreffende idem dari spondes? spondeo, wenn es der alten Stipulation zugefügt war, fortgelassen; oder es wäre hier neu hinzugefügt, während es bei der alten Stipulation fehlte.

Diese beim sponsor in der Form zum Ausdrucke gelangende Abhängigkeit von der Hauptverpflichtung dürfte von Haus aus gar nicht bestanden haben: siehe Erkl. 13 unter II, 1 S. 134. 135. So würde es sich denn um ein Beispiel handeln, das schon einen jüngern Ursprung verriete.

Andererseits ist diese Entwicklung nicht ohne Widerspruch geblieben. Und zwar könnte der Satz mit dem dixi, welcher den § 178 einleitet, bereits der Vorlage des Gajus angehört haben: Sed quod de sponsore dixi non constat.

Jedenfalls waren es die Proculejaner, welche von diesem Novationsfalle nichts wissen wollten: nihil ad nouationem proficere sponsoris adiectionem aut detractionem. Die Ablehnung ist sogar eine ziemlich schroffe, was auf einem tiefliegenden Gegensatz hinweist.

Aus dem Satze, daß bei Gleichheit der Personen nur dann eine Novation eintrete, wenn zu der früheren Stipulation irgend etwas Neues hinzukäme, folgert Levy, Sponsio S. 37: 'dann aber . . tritt sie auch immer ein'. Das ist keine richtige Schlußfolgerung. Das Neue ist nur eine Voraussetzung der Novation; darum braucht aber nicht jedes Neue hierzu tauglich zu sein.

Und wenn die Proculejaner in der Fortlassung bzw. Hinzufügung eines sponsor keine Novation erblickten, so verstießen sie nicht gegen die überlieferte Regel, sondern machten nur auf Fälle aufmerksam, wo ihrer Meinung zufolge trotz des Neuen keine Novation einträte.

Erfolgte Abschluß einer zweiten Stipulation, die nichts

Neues enthielt, so soll nach Levy die zweite Stipulation ipso iure nichtig gewesen sein. Er folgert diesen Satz mit Salpius S. 177 aus Pomp. fr. 18 de uerb. obl. 45, 1: Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur. Das geht aber aus der Stelle meines Erachtens keineswegs hervor. Der Versprechende soll nur einmal haften, darum hätten sehr wohl zwei gültige Stipulationen vorliegen können: mochte aber der Gläubiger aus der einen oder der andern klagen, durch einmalige Zahlung wurden beide Verpflichtungen aufgehoben.

Wenn demnach die Proculejaner behaupteten, daß Fortlassung bzw. Hinzufügung eines sponsor zu einer Novation nicht ausreichen: so braucht man ihnen noch keineswegs den Gedanken unterzuschieben, daß sie die zweite Stipulation für nichtig gehalten hätten. Die eine konnte darum so gültig sein wie die andere; aber die mit dem sponsor war die wertvollere.

Die Frage hatte namentlich für den Fall Bedeutung, wenn der bisherige sponsor zur neuen Stipulation nicht hinzugezogen war. Hier hätte der sponsor nach der Meinung der Proculejaner noch gehaftet.

Die Meinung, der zufolge der sponsor frei wurde, hat die Oberhand gewonnen. Sie ist später auf den fideiussor übertragen und kehrt in dieser Gestalt wieder I. I. III, 29 § 3. Sie macht sich ferner geltend beim Personenwechsel in c. 4 de fidei. 8, 40 vom Jahre 213.

Immerhin ist nicht zu verkennen, daß die Römer mit ihrer Novation viel zu freigebig umgegangen sind. Und wenn wir hier sehen, daß die Proculejaner dem Novationsgedanken Widerspruch entgegensetzen, so verdient dies um so mehr unsere Beachtung, als die von den Proculejanern entwickelte Ansicht unserm modernen Denken näher stehen dürfte wie die im römischen Recht schließlich zur Herrschaft gelangte Auffassung. Gajus selber berichtet nur, ohne sich bestimmt zu entscheiden.

Man setze folgenden Fall. Ein Schuldner, für den ein Bürge vorhanden, hat seinem Gläubiger aufs neue versprochen,

eine längst fällige Schuld am 2. Januar nächsten Jahres bestimmt zu zahlen. Damit hat der Gläubiger doch keineswegs auf die Sicherheit verzichtet, welche ihm die Bürgschaft gewährte. Er hätte dies ja tun können, notwendig ist diese Annahme aber keineswegs; nicht einmal in dem Falle, wenn das neue Zahlungsversprechen nicht vom Schuldner selber, sondern einem Dritten abgegeben wäre.

Vom römischen Standpunkte aus betrachtet, wäre demnach alles abhängig zu machen gewesen vom animus nouandi; und insofern hätten die Proculejaner durchaus recht gehabt, als die Hinzufügung oder Fortlassung einer Bürgschaft an und für sich noch keine Novation hätte zuwege zu bringen brauchen.

61. Bedingte Novation. III, 177. 179.

Jemand, der 100 stipulationsweise versprochen hat, verspricht sie noch einmal unter der Bedingung si nauis ex Africa uenerit. Wie ist das zu verstehen?

Bringen wir die Regel zur Anwendung nouatio fit, si quid in posteriore stipulatione noui sit, so würde sich ergeben: die frühere Obligation ist sofort aufgehoben. Ginge demnach das Schiff unter, so wäre die Forderung verloren. Dies war in der Tat die Ansicht des Servius Sulpicius.

Dagegen erhob sich Widerspruch. Die Novation erfolge nur bei eintretender Bedingung; schlage die Bedingung fehl, so dauere die frühere Obligation fort: factam nouationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio.

Bei fehlschlagender Bedingung dauert die frühere Obligation fort. Also muß sie während schwebender Bedingung vorhanden gewesen sein. Und ihr Fortbestand ist bedingt durch den Nichteintritt der Bedingung. Somit hätte denn die zweite Stipulation die erste gleichzeitig abhängig gemacht von dem Eintritt einer umgekehrten Bedingung, dem Untergang des Schiffes. Eine von beiden Bedingungen muß eintreten: entweder das Schiff kommt an oder es kommt nicht an. Der Schuldner wird mithin von seiner Schuld durch die bedingte Novation

keineswegs befreit. Es ist nur noch ungewiß, aus welcher von beiden Stipulationen er haftet und dermaleinst verklagt werden kann.

Der ökonomische Zweck einer bedingten Novation wäre demnach gewesen Stundung auf unbestimmte Zeit. Vgl. Einfluß der bedingten Novation S. 22; Römer, Die bedingte Novation S. 128; Salkowski, Zur Lehre von der Novation S. 455.

Dann folgt wieder ein Einwand gegen das durat prior obligatio, der mit einem Sed uideamus, num eingeleitet wird. Es läßt sich diese Frage nicht auf die Zeit während schwebender Bedingung beziehen, wie ich früher annahm und wogegen Salpius S. 158 sich mit Recht erklärt hat. Gleichwohl habe ich Bedenken gegen den von Salpius allgemein hingestellten Satz: 'Der Fortbestand der prior obligatio ist also hier nur ein ideeller, kein effektiver; sie gilt nur iure ciuili, nicht iure naturali'.

Gajus selber hat die aufgeworfene Frage nicht beantwortet.

Meines Erachtens kann es sich hier nur handeln um eine Einschränkung des voraufgegangenen Satzes durat prior obligatio. Das beweist die Art und Weise der Bekämpfung.

Denn eine pacti conuenti exceptio setzt doch voraus, daß ein pactum wirklich abgeschlossen wurde: sei es ausdrücklich oder stillschweigend. Es ist z. B. vereinbart: daß unter der Bedingung gefordert würde, wenn die Bedingung der spätern Stipulation eingetreten wäre. Darauf hätte dann der Klage aus der frühern Stipulation die Einrede entgegengesetzt werden können: si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non conuenit, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio.

Vielleicht war diese Ausdrucksweise nicht deutlich genug, sie war aber so gemeint gewesen: daß dann nicht gefordert werde, wenn die Bedingung fehlschlug. So empfahl sich vielleicht mehr eine doli mali exceptio in der Fassung von IV,

119: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat.

Auf diese Weise gewinnen wir auch hier Anknüpfung an den animus nouandi. Im allgemeinen bezweckt die bedingte Novation Stundung auf unbestimmte Zeit. Die Meinung kann aber auch die sein, daß der Gläubiger nur auf Grund der spätern Stipulation bei Eintritt der Bedingung klagen könne.

Die bedingte Novation beschränkt sich nicht auf denselben Gläubiger und Schuldner. Auch ein Dritter kann die Schuld bedingungsweise übernehmen. Und hier finden wir dieselbe Regel zur Anwendung gebracht, daß bei fehlschlagender Bedingung aus der alten Stipulation noch wirksam geklagt werden könne. Gai. fr. 30 § 2 de pact. 2, 14: Si sub condicione stipulatus fuerim a te, quod Titius mihi pure deberet, an deficiente condicione si a Titio petam, exceptione pacti conuenti et possim et debeam summoueri? et magis est exceptionem non esse opponendam. Die Meinung könnte aber auch hier eine andere gewesen sein. Vgl. den verwandten Fall bei Paul. fr. 14 § 3 de in diem 18, 2: consentiente uenditore abibitur a priore emptione.

Zu einigen Bemerkungen gibt noch Veranlassung die in unserer Stelle gewählte Fragepartikel num. Es ist das einzige num in diesem Lehrbuch.

Ueber dieses num entnehme ich Kühner-Stegmann, Gramm. der lat. Spr. Bd. II Abt. 2 S. 511 flg. nachstehende Sätze.

Ursprünglich heißt num 'nun, jetzt'. Dem entspricht bei num als Fragepartikel eine neutrale Bedeutung. Der weitaus häufigste Gebrauch von num bei den Schriftstellern aller Zeiten ist aber der: daß es in Fragen steht, auf welche eine verneinende Antwort erwartet wird. So heißt es schon bei Plaut. Amph. 753 (II, 2, 120): num tu quoque etiam insanis, bist du verrückt? Diese Bedeutung behält num zunächst auch bei indirekten Fragen; doch findet es sich hier gelegentlich im Sinne des einfachen ne. Im spätern Latein wird num seltener.

Demgemäß möchte man dem num in unserer Stelle vielleicht entnehmen wollen, daß Gajus die aufgeworfene Frage hätte allgemein verneinen wollen: et magis est exceptionem non esse opponendam.

Andererseits behauptet Kalb, Wegweiser S. 92: 'bei den Juristen heißt num in der Regel ob nicht', d. h. man erwartet eine Bejahung. Indessen bei Pomp. ad Q. Mucium fr. 78 de adq. her. 29, 2 folgt auf ein num . . hereditati se alligasset, eine Verneinung non adstringi. Ob dieses num auf Mucius zurückgeht, ist doch wohl zweifelhaft.

Und was den Sprachgebrauch des Gajus anbetrifft, so wird von Kalb zum Beweise gerade das uideamus num unseres § 179 benutzt. Kalb bezieht sich dabei auf Poste-Whittuck, welcher übersetzt: it is a question, whether the creditor who sues on such a prior obigation cannot be repelled by the exception usw. Das wäre derselbe Standpunkt, wie ihn Salpius einnimmt.

Indessen für den Sprachgebrauch des Gajus wird außer unserer Stelle nur noch beigebracht fr. 57 § 1 de eu. 21, 2. Von dem uns hier entgegentretenden uideamus num sagt Kalb aber selber, daß es allein für die Bedeutung von num nichts beweisen würde: 'denn Gajus könnte auch ein Problem aufstellen, das er nicht beantwortet'.

Mir will es vorkommen, als ob dieser Gesichtspunkt um so mehr für unsern § 179 passen müßte: da Gajus hier Fragen aufwirft, die er gar nicht beantwortet. So werden wir uns doch wohl entschließen müssen, dieses num in neutraler Bedeutung zu nehmen.

Wichtiger für das Verständnis unserer Stelle scheint mir das Sed zu sein. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden ein Gegensatz zum durat prior obligatio. Was es mit diesem Gegensatz für eine Bewandtnis habe, ist demnach zu ermitteln. Nach meinem Dafürhalten kann es sich nicht um einen vollständigen, sondern nur um einen teilweisen Gegensatz handeln.

62. Novation durch unwirksame Stipulation. III, 176. 179.

Als Beispiele einer Novation durch eine unwirksame Stipulation werden uns folgende vorgeführt: es läßt sich jemand, was ihm ein anderer schuldet, von Titius nach dessen Tode versprechen; oder von einer Frau bzw. einem Unmündigen ohne Mitwirkung des Vormundes.

Es sind dieselben Beispiele, die uns schon III, 119 bei der Bürgschaft entgegengetreten sind. Auf diese Erscheinung ist längst aufmerksam gemacht: vgl. Bähr, Anerkennung S. 45; Gradenwitz, Ungültigkeit S. 271 flg. Die unwirksame Stipulation, welche eine Novation hervorbringt, soll andererseits ausreichen zur Annahme eines sponsor oder fidepromissor. Wie mag sich dieser Parallelismus erklären?

Wenn Titius anbot, daß nach seinem Tode die Schuld eines Dritten bezahlt werde, so liegt vom Standpunkte des Gläubigers die Frage nahe: aber an wen halte ich mich denn nach Deinem Tode? Dieses Bedenken mag dann gehoben sein durch Stellung eines sponsor oder fidepromissor. Ließ man eine solche Bürgschaft zu, so konnte man auch die Novation gestatten. Unterließ ein Gläubiger, für solche Sicherheit Sorge zu tragen, so hatte er um so weniger Ursache, sich über den Verlust seiner Forderung zu beklagen, da die Eingehung der neuen Stipulation doch auch von seinem freien Willen abhängig gewesen war.

Was die sponsio eines Sklaven oder Peregrinen anbetrifft, so war es noch zu Gajus' Zeiten nach III, 119 fraglich: ob für dieselbe ein sponsor oder fidepromissor verpflichtet werden könne: vgl. darüber Erkl. 27 unter 3. Die Frage mag einmal Hand in Hand gegangen sein mit der andern: ob eine solche sponsio Novation bewirke; wenngleich dieser Parallelismus mit voller Genauigkeit uns bei Gajus nicht mehr entgegentritt.

Aber wenn Gajus § 176 beim Versprechen eines Sklaven die Novation verneint, so erfahren wir doch aus § 179, daß

Servius Sulpicius in dieser Beziehung anders dachte. Und wenn Servius Sulpicius nichts dagegen hatte, daß durch das Versprechen eines Sklaven noviert werde, so dürfte das Versprechen eines Peregrinen von ihm kaum anders behandelt sein.

Später hat man freilich weder dem Versprechen des Sklaven novierende Wirkung beigelegt, noch dem des Peregrinen, cum quo sponsio communio non est.

Dann möchte ich mir noch eine terminologische Bemerkung gestatten.

Ich habe gesprochen von einer Novation durch unwirksame Stipulation. Mit dieser unwirksamen Stipulation habe ich wiedergeben wollen die posterior stipulatio inutilis bzw. posterior obligatio nulla. Genau genommen, ist das ein Widerspruch. Denn eine Stipulation, die eine Novation zuwege bringt, ist nicht völlig unwirksam; und ebensowenig gilt dies von einer Stipulation, der sich eine Bürgschaft anlehnen kann. Die stipulatio inutilis und obligatio nulla entsprechen hier jedenfalls nicht dem, was wir heutzutage unter einem nichtigen Versprechen, einer nichtigen Obligation verstehen.

In anderer Beziehung stehen sie aber wieder in Einklang mit unserer heutigen Nichtigkeit. Diese verschiedene Behandlung ist schon Hellmann, Terminologische Untersuchungen S. 13 aufgefallen. Er verzichtet indessen auf eine Erklärung und verweist uns statt dessen auf Mitteis.

Die eigenartige Auffassung von Mitteis erfordert jedoch ein genaueres Eingehen, wobei ich mich anlehnen kann an den Standpunkt des Servius Sulpicius.

63. Der Standpunkt des Servius Sulpicius. III, 179.

Sowohl in bezug auf die bedingte Novation wie das von einem Sklaven abgegebene Stipulationsversprechen äußerte Servius Sulpicius abweichende Ansichten, die jetzt von einem allgemeineren Gesichtspunkte aus betrachtet werden sollen.

Was seine Auffassung der bedingten Novation anbetrifft, so habe ich mir dieselbe schon so zu erklären versucht. Wie bei der Novation überhaupt, so haben wir auch hier den animus nouandi zunächst beiseite zu lassen. Unbekümmert um das, was die Vertragschließenden beabsichtigen mochten, brachte Servius hier die Regel zur Anwendung: nouatio fit, si quid in posteriore stipulatione noui sit. Das Neue war in diesem Falle die Bedingung, und die Wirkung ließ Servius sofort eintreten: statim et pendente condicione nouationem fieri. Die sofortige Wirkung wäre daraus zu erklären, daß das Nebeneinanderbestehen zweier auf denselben Gegenstand gerichteter Obligationen unter denselben Personen ein schwieriger Begriff war, in den die Römer sich nur langsam gefunden haben: Einfluß der bedingten Novation S. 145. So schiebt denn auch hier eine bedingte Stipulation die unbedingte sofort beiseite.

Wenn nun die Bedingung fehlschlug? Damit war die neue Obligation erledigt, und da die frühere schon durch Novation beseitigt war, konnte von einer Klage des Gläubigers keine Rede mehr sein: ex neutra causa agi posse.

Durch Fehlschlagen der Bedingung ist also Ergebnis geworden: daß eine unwirksame Obligation an die Stelle einer wirksamen getreten.

Wenn das auf diese Weise möglich, muß auch durch eine von Haus aus unwirksame Stipulation sich eine Novation erreichen lassen. Deshalb nimmt Servius gleichfalls Novation an, wenn ein Sklave versprochen hat, was ein anderer schuldet: nouationem fieri et rem perire, quia cum seruo agi non possit.

Wie mag nun Servius den Fall behandelt haben: si peregrinus spoponderit? Bei der Zulassung eines Bürgen stoßen wir III, 119 auf eine Streitfrage, die neben dem seruus auch den peregrinus betrifft. So könnte ja Servius auch bei der Novation mit einem Peregrinen gerade so wie mit einem Sklaven zu Werke gegangen sein.

Wie mag sich ferner Servius verhalten haben dem von einer Frau ohne Mitwirkung des Vormundes geleisteten Versprechen gegenüber? Als folgerichtiger Denker hätte er hier ebenfalls Novation eintreten lassen müssen.

Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 249 nimmt seinen Ausgang von folgendem Satze: das römische Recht unterscheide mitunter 'zwischen dem ganz aus dem Kreis des Zivilrechts hinausfallenden, also rechtlich überhaupt nicht vorhandenen, und dem noch ins Zivilrecht hineinfallenden, aber aus irgendwelchen Gründen unwirksamen Akt'.

Das ist ja in gewisser Weise richtig, vgl. schon oben Erkl. 27 unter 3.

Diese Auffassung sei nach Mitteis als sehr alt anzusehen; und in der Ansicht des Servius erblickt Mitteis einen Emanzipationsversuch von derselben.

Auch mit dem Emanzipationsversuche dürfte Mitteis wieder recht haben. Wenn in andern Fällen eine unwirksame Stipulation eine Novation hervorbringt, warum soll sich dies anders verhalten mit dem Versprechen eines Sklaven?

Mitteis unterscheidet zwischen einem nicht existierenden Akt, der gar keine, und einem existierenden, der negative Wirkungen zurücklasse.

In dieser Beziehung gebe ich indes zu bedenken: daß z. B. das von einer Frau ohne Mitwirkung des Vormundes abgegebene Stipulationsversprechen nicht bloß die negative Wirkung der Novation hatte, sondern nach III, 119 ebenfalls die geeignete Grundlage darbot für den positiven Hinzutritt einer Bürgschaft.

Servius Sulpicius hebt auch nur hervor das agi non posse. Geklagt werden kann zwar nicht aus derartigen Obligationen, aber im übrigen sind Wirkungen möglich, nicht bloß negative, sondern auch positive.

Was dann die Frage anbetrifft: wann diese Scheidung zwischen dem Nichtexistierenden und dem Existierenden, aber doch wieder unwirksam Gewordenen eintritt, so mag Servius

Sulpicius sie bereits vorgefunden haben. Darum braucht sie aber nicht schon sehr alt zu sein. Auf alle Fälle dürfen wir meines Erachtens unsern Ausgang nicht nehmen von einer so verwickelten, recht unbestimmten und auch wohl nicht ganz klaren Scheidung.

Ich halte mich zunächst an die Ausdrücke stipulatio inutilis und obligatio nulla. Dabei lege ich die natürliche Bedeutung zugrunde. Stipulatio inutilis ist eine Stipulation, die nicht zu gebrauchen; und obligatio nulla eine Verpflichtung, die nicht vorhanden.

Ein Schuldversprechen nach meinem Tode, ein von einer Frau ohne Mitwirkung des Vormundes abgegebenes Stipulationsversprechen wird einmal gerade so unbrauchbar gewesen sein, eine Novation zu bewirken bzw. eine Grundlage für eine hinzutretende Bürgschaft abzugeben, wie das Versprechen eines Sklaven oder Peregrinen.

Nun trat aber folgendes ein. Es versprach jemand eine Zahlung nach seinem Tode und stellte dafür einen Bürgen. Derartiges mag häufig vorgekommen sein. Wie sollte sich dem gegenüber die Wissenschaft und Praxis verhalten? Man entschloß sich, die Gültigkeit einer solchen Bürgschaft anzuerkennen. Vielleicht um so leichter, als die Ungültigkeit eines Versprechens, nach meinem Tode zu zahlen, keinen rechten Sinn mehr hatte, seitdem die Schulden auf die Erben übergingen. Vgl. Erkl. 21.

Und wenn man neben dem von einer Frau ohne Mitwirkung des Vormundes abgegebenen Versprechen eine Bürgschaft zuließ, so mag dabei mitbestimmend gewesen sein das Bestreben, welches hier eingesetzt hatte und darauf hinauslief, die Frauen von solcher Vormundschaft zu befreien.

Der Frau schloß sich an das unmündige Kind. Bei Abwesenheit des Vormundes mochte es bequemer sein, sich statt des Vormundes mit einem Bürgen zu behelfen. Dies hat auf Grund von Pomp. Iul. fr. 42 de iurei. 12, 2 und Gai. Iul.

fr. 35 de receptis 4, 8 schon näher entwickelt Krückmann, ArchZivPrax. Bd. 85 S. 234 flg.

Hier machte dann aber die Entwicklung einen gewissen Halt. Ob die sponsio eines Sklaven oder Peregrinen hinreichte, einer Bürgschaft den erforderlichen Halt zu gewähren, war nach III, 119 eine Streitfrage.

Das Schuldversprechen, welches bisher betrachtet worden ist vom Standpunkte der sich anlehnenden Bürgschaft, konnte andererseits wieder in Beziehung stehen zu der ältern Schuld eines Dritten: si quod tu mihi debeas a Titio post mortem eius dari stipulatus sim. Hielt man die einstmalige stipulatio inutilis, obligatio nulla für ausreichende Grundlage einer Bürgschaft, erkannte man sie also insofern als eine Verpflichtung an, so war damit zugleich die Möglichkeit einer Novation gegeben: interuentu nouae personae noua nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem.

Die Frage: ob die sponsio eines Sklaven oder Peregrinen einer Bürgschaft den erforderlichen Halt gewähre, wird einmal Hand in Hand gegangen sein mit der andern: ob eine solche sponsio Novation bewirke. Darauf habe ich bereits Erkl. 62 hingewiesen.

Wenn nun Servius Sulpicius annahm, daß das Versprechen eines Sklaven Novation bewirke, so wird er vermutlich auch der Meinung gewesen sein, daß ein solches Sklavenversprechen ausreichend sei für Zulassung einer Bürgschaft.

Somit böte denn Servius Sulpicius wiederum eine einheitliche Auffassung dar, aber in anderer Weise wie die ursprüngliche, von der wir ausgingen. Die stipulatio inutilis, obligatio nulla ist in allen besprochenen Fällen in etwas wirksam, jedoch kann nicht daraus geklagt werden.

Eine andere Ansicht ist indessen zur Herrschaft gelangt. Von den in etwas wirksamen Obligationen wurden ausgeschieden das Versprechen des Sklaven wie die sponsio des Peregrinen, die man als nicht vorhanden betrachtet. Gajus fr. 70 § 4 de fidei. 46, 1 hat hinzugefügt das Versprechen eines Geisteskranken.

Für diese Fälle paßt dann noch die Bezeichnung stipulatio inutilis, obligatio nulla. Man behielt diese Ausdrücke aber auch bei für die andern Fälle, wo die Obligation einige Wirkungen äußerte, und wo man später von einer naturalis obligatio sprach.

64. Die Anfänge der naturalis obligatio. III, 119. 119b. 176. 179.

Ich schließe an eine rein sachliche Betrachtung in bezug auf diejenigen Obligationen, welche uns hier näher beschäftigt haben.

I. Wir finden, daß eine Anzahl von Obligationen — es sind ihrer jedenfalls drei — die bis dahin als unbrauchbar und nicht vorhanden angesehen wurden, mit bestimmten Wirkungen ausgestattet werden.

1. Sie dulden die Zuziehung eines Bürgen, gegen den dann geklagt werden kann. Es heißt vom sponsor und fidepromissor III, 119: Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi uerborum, quamuis interdum is ipse, qui id promiserit, non fuerit obligatus: ueluti si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet pos mortem suam dari promiserit.

Es handelt sich hier um einen Satz, der meines Erachtens schon dem Grundstocke angehört. Es ist ferner darauf aufmerksam zu machen, daß der sponsor und fidepromissor ursprünglich gar keiner Anlehnung an eine Hauptverpflichtung bedurfte: vgl. Erkl. 13 unter II, 1; Erkl. 15. Von Haus war es also ganz richtig, wenn es hier hieß: quamuis is ipse, qui id promiserit, non fuerit obligatus.

Dagegen tritt uns die fideiussio gleich als eine Nebenverpflichtung entgegen, die sich an eine Hauptverpflichtung anlehnt: siehe Erkl. 15. Und diese Auffassung ist später auf die sponsio und fidepromissio übertragen worden. Gleichwohl gestattete man nach wie vor bei den drei in Frage kommenden unbrauchbaren Stipulationen die Zuziehung eines sponsor bzw.

fidepromissor. Jetzt hätte man aber genau genommen nicht mehr sagen dürfen: quamuis is ipse, qui id promiserit, non fuerit obligatus. Denn insofern hatte die nicht vorhandene Obligation ja doch etwas zu bedeuten, als sie die Annahme eines sponsor bzw. fidepromissor gestattete.

Stutzig wurde man hier aber in zwei Fällen, wenn ein Sklave oder Peregrine spondiert hatte: ob daneben ein sponsor oder fidepromissor verpflichtet werden könne.

In der Aufzählung der drei Obligationen ist vorangestellt: si mulier . . sine tutoris auctoritate . . promiserit. So mag denn die Entwicklung von hier aus ihren Ausgang genommen haben.

Beim fideiussor begegnen wir dem Satze: omnibus obligationibus adici potest. Dabei sollte einerlei sein: utrum ciuilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur. Der Zusatz scheint von Gajus zu stammen, und es ist sehr bemerkenswert, daß wir hier der naturalis obligatio begegnen.

Gajus fügt hinzu: adeo quidem ut pro seruo quoque obligetur. Also was hinsichtlich des sponsor und fidepromissor noch zweifelhaft war, beim fideiussor ist es unbestritten.

Und wenn sogar dieses beim fideiussor sicher war, wird er um so mehr bei den drei unbrauchbaren Obligationen zugelassen sein.

Bei Gradenwitz in Festgabe für Schirmer S. 168 heißt es freilich: 'Es ist gar nicht ausgeschlossen, daß nach Gajus' Meinung der Sklave für die fideiussio mehr, für die nouatio weniger liefert als mulier pupillusue'. Mir kommt diese für die fideiussio angenommene Möglichkeit recht unwahrscheinlich vor. Wenn neben Minderwertigem, muß eine fideiussio auch neben Mehrwertigem zulässig sein. Das Mehrwertige haben wir bei den drei sog. unbrauchbaren Obligationen. Bei der Novation handelt es sich um Zerstörung. Das Minderwertige zerstört nicht, wohl aber das Mehrwertige.

Nun ist andererseits gesagt: es komme beim fideiussor gar nicht darauf an, ob er einer ciuilis oder naturalis ob-

ligatio hinzutrete. So läge es doch wohl nahe, diese drei unbrauchbaren Stipulationen bei der obligatio naturalis unterzustellen. Jedenfalls hätten wir für diese drei Obligationen, die man immer noch als unbrauchbar bzw. nicht vorhanden bezeichnete, einen passenderen Ausdruck gefunden. Gajus versteht sich hierzu noch nicht.

Die Stelle hat uns schon einmal Erkl. 26 beschäftigt. Ich erklärte mich dort gegen Gradenwitz und Klingmüller, die annehmen, daß Gajus die Verpflichtung des Sklaven der naturalis obligatio untergeordnet habe. Aber Gajus sagt nicht unde, sondern adeo quidem ut. Damit soll diese Sklavenverpflichtung doch wohl nicht bloß dem Gebiete der ciuilis, sondern auch dem der naturalis obligatio entrückt sein. Wie er sich das nun näher gedacht haben mag, das ist eine andere Frage. Er wird außerdem noch Obligationen angenommen haben, die er weder der ciuilis noch der naturalis obligatio einreihte, und dahin gehörte dann auch die Verpflichtung eines Sklaven.

2. Die drei unbrauchbaren Stipulationen ließen sich auch dazu benutzen, die Schuld eines andern zu übernehmen. Hier beginnt III, 176 die Reihenfolge mit dem Versprechen, daß nach meinem Tode gezahlt werde. So könnte diese hier auch der Ausgang der Entwicklung gewesen sein. Vgl. Erkl. 62.

Ein solches Versprechen bewirkte ebenfalls Novation. Anders wäre nach Gajus zu behandeln das von einem Sklaven in Stipulationsform abgegebene Versprechen.

Nach Servius sollte dagegen das Stipulationsversprechen eines Sklaven Novation bewirken. Es trat also nach III, 179 ein: rem perire, quia cum seruo agi non possit.

Die Ansicht des Servius wurde verworfen. Trotzdem ist obiger Ausspruch sehr bemerkenswert. Es wird hier deutlich zum Ausdruck gebracht, daß eine Obligation Wirkungen äußern könne, ohne daß eine Klage möglich sei.

Es ist dies ein Grundgedanke der spätern naturalis obligatio in einem besondern Sinne.

II. Einem naturale debitum begegnen wir zuerst bei Iauolenus fr. 40 § 3 de cond. et dem. 35, 1. Es handelt sich um ein Legat zugunsten eines durch Testament freigelassenen Sklaven, dessen Gegenstand war, was der Herr seinem Sklaven schuldet, das aufrechterhalten wurde: et eo iure utimur. Im Gegensatz zu der Ansicht des Servius, über die Aufidius Namusa berichtet hatte: nihil seruo legatum esse Namusa Seruium respondisse scribit, quia dominus seruo nihil debere potuisset. Vgl. zu dieser Stelle Gradenwitz S. 162 flg.

Also während das Stipulationsversprechen eines Sklaven trotz seiner Unwirksamkeit nach der Ansicht des Servius Novation bewirkte, sollte umgekehrt die Forderung eines Sklaven an seinen Herrn nicht einmal durch letztwillige Verfügung anerkannt werden können.

Beides reimt sich nicht recht miteinander. Zu der ersten Entscheidung ist Servius auf dem Umwege der bedingten Novation gelangt. Die zweite Entscheidung ist vielleicht noch der Ausfluß einer ältern Auffassung.

Frenzel, 'Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio', unterscheidet zwischen dem Kunstbegriff und dem Gefühlsbegriff naturalis obligatio. Das hier in Frage stehende naturale debitum wird von ihm S. 15 dem Gefühlsbegriffe überwiesen.

1. Näher berührt uns ein Ausspruch des Neratius in fr. 41 de cond. indeb. 12, 6: Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit soluerit, repetitio est, quia nec natura debet.

Hier tritt uns eine unserer drei unbrauchbaren Stipulationen entgegen, das von einem Unmündigen ohne Mitwirkung des Vormundes abgegebene Stipulationsversprechen, dem die Eigenschaft einer natürlichen Verbindlichkeit versagt wird: denn eine Zahlung eines Unmündigen gestatte Rückforderung.

Damit lernen wir ein zweites Merkmal der natürlichen Verbindlichkeit kennen: Zurückbehaltung des Gezahlten. Wir

sind damit angelangt bei der weiter entwickelten naturalis obligatio, von der es bei Sohm Inst.[14] S. 497 heißt: 'Naturalis obligatio ist die klaglose, aber zahlbare obligatio'.

Wegen Bereicherung kann der Unmündige als solcher sogar verklagt werden nach einem Reskripte von Pius: Ulp. fr. 5 pr. § 1 de auct. 26, 8; fr. 3 § 4 de neg. gest. 3, 5. Diese Wirkung scheidet hier aus, obwohl Ulpian in einem andern Sinne ebenfalls von einem naturaliter obligabitur spricht.

Die andern beiden unbrauchbaren Stipulationen sind im Justinianschen Recht verschwunden, das Stipulationsversprechen des Unmündigen ist allein übrig geblieben.

Diesem von einem Unmündigen ohne Mitwirkung des Vormundes abgegebenen Stipulationsversprechen versagt zwar Neratius die Eigenschaft einer natürlichen Verbindlichkeit, und dasselbe behauptet von dem einem Unmündigen gewährten Darlehn Lic. Ruf. fr. 58 de obl. et act. 44, 7. Ob die alte Bezeichnung stipulatio inutilis, obligatio nulla noch nachgewirkt hat? Richtig ist allerdings, daß hier die neue Voraussetzung, Zurückbehaltung des Gezahlten, nicht genau paßt. Denn von einem Unmündigen kann nicht gültig gezahlt werden. Vgl. Ulp. fr. 29 de cond. ind. 12, 6. Dies hebt mit Nachdruck hervor Pernice, Labeo Bd. 3 S. 256. Es ist aber nicht richtig, wenn Pernice zu dem Schlusse gelangt: 'Die Rückforderung hat nach allem dem mit naturalis obligatio pupilli nichts zu schaffen'. Neratius bemerkt ja ausdrücklich: repetitio est, quia nec natura debet.

Andererseits hat es keineswegs an Rechtsgelehrten gefehlt, welche das in Frage stehende Versprechen rückhaltslos der naturalis obligatio eingereiht haben. Es kommen hier namentlich in Betracht Pomp. Iul. fr. 42 pr. de iurei. 12, 2; Maecianus fr. 66 pr. ad S.C. Treb. 36, 1; Pap. fr. 95 § 4 sol. 46, 3; fr. 25 § 1 quando dies. 36, 2; Paul. fr. 21 pr. ad leg. Falc. 35, 2; Ulp. fr. 1 § 1 de nou. 46, 2.

Den Gegensatz bildet bei Paul. fr. 43 de obl. et act. 44, 7 die Verpflichtung iure ciuili.

2. In andern Stellen haben wir es mit Wirkungen zu tun, obwohl die Bezeichnung naturalis obligatio uns nicht begegnet. Pomp. fr. 2 de fidei. 46, 1 Annahme eines fideiussor; Gai. Iul. fr. 35 de rec. 4, 8 Annahme eines fideiussor; Scaeuola fr. 127 de uerb. obl. 45, 1 Annahme eines fideiussor; Pap. fr. 95 § 2 sol. 46, 3: aditio hereditatis . . pro solutione cedit; Marcianus fr. 44 de sol. 46, 3 Behaltung des Gezahlten infolge eines davon abhängigen Legates; Paul. fr. 13 § 1 de cond. ind. 12, 6 Behaltung des Gezahlten si pubes factus soluat; fr. 14 § 3 de in diem add. 18, 2 consentiente uenditore abibitur a priore emptione; Ulp. fr. 19 § 4 de don. 39, 5 Behaltung des Gezahlten, si postea tutore auctore promittat; fr. 25 de fidei. 46, 1 Annahme eines fideiussor.

Der Gegensatz, auf den wir hier bei den römischen Rechtsgelehrten gestoßen sind, scheint demnach mehr theoretischer als tatsächlicher Natur gewesen zu sein. Denn diejenigen, welche die Verpflichtung eines Unmündigen nicht als naturalis obligatio ansehen, brauchten darum noch nicht wegen der Wirkungen anders gedacht zu haben.

Auch steht nichts im Wege die Fortentwicklung zur naturalis obligatio anzuknüpfen an die stipulatio inutilis, obligatio nulla bei Gajus.

III. In den drei feststehenden Fällen einer unvollkommenen Obligation, wo nach Gajus Annahme eines Bürgen bzw. Novation zulässig, haben wir zunächst an römische Bürger zu denken. Wie sah es aus mit den Peregrinen und Sklaven?

1. Stutzig wurde man nach III, 119, wenn ein Sklave oder Peregrine spondiert hatte, ob dann für ihn ein sponsor oder fidepromissor verpflichtet werde.

Dagegen gestattete man neben einer Sklavenverpflichtung nach III, 119 b die Zuziehung eines fideiussor. Gajus bringt bei dieser Gelegenheit auch schon die naturalis obligatio, scheint hier aber die Sklavenverpflichtung noch nicht eingereiht zu haben.

Das Stipulationsversprechen eines Sklaven wurde nach III, 176 nicht für fähig erachtet, eine Novation herbeizuführen. Anderer Meinung war nach III, 179 Servius Sulpicius. Es überwog indes die entgegengesetzte Ansicht, und ebenso behandelte man die sponsio eines Peregrinen.

2. Sponsor und fidepromissor sind im Justinianschen Recht verschwunden. Der Gegensatz zwischen römischen Bürgern und Peregrinen verliert mehr und mehr an Bedeutung. So bliebe denn nur noch die Sklavenverpflichtung übrig. Mit dieser habe ich mich aber bereits Erkl. 24 und 26 näher beschäftigt. Die Einreihung dieser Verpflichtung unter die naturales obligationes geht zurück auf Julian.

65. Fortsetzung. Entwicklungsgang. III, 119. 176.

Beim Entwicklungsgange der naturalis obligatio haben wir nicht bloß den Kunstausdruck ins Auge zu fassen, sondern auch die Sache selber.

Einem naturale debitum in etwas anderm Sinne begegnen wir bei Javolen fr. 40 § 3 de cond. et dem. 35, 1. Näher berührt uns aber schon das nec natura debet bei Neratius fr. 41 de cond. ind. 12, 6, worauf Pernice hingewiesen hat.

Den Begriff selber findet Pernice S. 253 bezeugt in einer Andeutung von Seneca de beneficiis, geschrieben nach dem Tode des Claudius 54. Hier heißt es 6, 4 § 6: manet beneficium, quamuis non debeatur, sicuti quaedam pecuniae, de quibns ius creditori non dicitur, debentur sed non exiguntur.

Aber es handelt sich hier um Dinge, die schon Servius Sulpicius beschäftigten. Den Anfang der Entwicklung werden wir also mindestens in die Zeit Ciceros verlegen müssen.

Wir haben es hier zu tun mit einer klaglosen Obligation, die aber irgendwelche Wirkungen äußert. Es brauchen nicht immer dieselben Wirkungen zu sein. Ein besserer Ausdruck wäre vielleicht 'unvollkommene Obligation'.

Eine Hauptwirkung ist Zurückbehaltung des Gezahlten, die aber erst später deutlicher hervortritt, bei Gajus indes schon stillschweigend vorausgesetzt sein könnte. Ausdrücklich begegnen wir bei Gajus nur den beiden Wirkungen: Annahme einer Bürgschaft und Novation.

Unsern Ausgang haben wir zu nehmen von der Bürgschaft. Diesen Gedanken hat schon Krückmann S. 238 flg. für die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen näher entwickelt.

Die Reihe beginnt freilich bei Gajus III, 119 mit dem Versprechen einer Frau, die keinen Vormund zuzog. Aber der Gläubiger war zufrieden mit einem sponsor oder fidepromissor. Hier mag sich die Klagbarkeit einer solchen sponsio bzw. fidepromissio zunächst festgesetzt haben.

Angereiht wurde sodann das von einem Unmündigen ohne Mitwirkung seines Vormundes abgegebene Versprechen.

Den Schluß bildete das Versprechen, daß nach dem Tode des Versprechenden gezahlt werde.

Das quaeritur des § 119 ließe sich von diesem Standpunkte aus mit folgendem Inhalt versehen: es ist zweifelhaft, ob das Sponsionsversprechen eines Peregrinen bezw. Sklaven eine natürliche Verbindlichkeit erzeugt. Andererseits bleibt fraglich, ob bei Annahme eines fideiussor die Sklavenverpflichtung im § 119 b schon der naturalis obligatio zugezählt wurde.

Man kann nicht bloß für sich, sondern auch für andere versprechen. Damit ist die Möglichkeit einer Novation gegeben.

Hier beginnt die Reihenfolge III, 176 mit dem Versprechen, daß die Schuld eines Dritten nach seinem, des Versprechenden, Tode gezahlt werde. Es folgen das von der Frau bzw. dem Unmündigen ohne Mitwirkung des Vormundes geleistete Versprechen.

66. Litiscontestatio. III, 180. 181.

Gajus teilt uns hier eine alte Regel mit, die für das Verständnis der Litiscontestatio von hoher Bedeutung sein

dürfte: ante litem contestatam dare debitorem oportere, pos litem contestatam condemnari oportere. Bei einer Behandlung dieses Gegenstandes ist es nicht zu vermeiden, auf das Prozeßrecht näher einzugehen. Es liegt mir indes ferne, alle die vielen Streitfragen zu berühren, die sich hier angesammelt haben. Ich werde mich im allgemeinen darauf beschränken, meine Auffassung in Kürze vorzuführen.

Auseinanderzuhalten sind zunächst die Litiscontestatio und die Formula.

I. Die Litiscontestatio.

Die verschiedenen Ansichten über die Form der Litiscontestatio hat zusammengestellt Hans Buß, Die Form der Litiscontestatio, Münster 1907, S. 2 flg.

1. Unsern Ausgang haben wir zu nehmen von den beiden Festusstellen Th. de P. 27, 40.

Contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote.

Contestari litem dicuntur duo aut plures aduersarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.

Danach ist die Litiscontestatio ein gegenseitiger Zeugenaufruf von seiten der Parteien.

Bezeugt werden soll lis, das ist das streitige Verhältnis.

Der Zeugenaufruf erfolgte ordinato iudicio. Keller, Lit. Cont. S. 32. 33 übersetzt 'nachdem das Judicium angeordnet ist'. Das ist schwerlich richtig. Ordinare iudicium heißt 'ein Judicium vorbereiten': siehe Wlassak, Lit. cont. S. 72 flg.; Lenel, Z. R. G. Bd. 37 S. 335.

Das ordinare iudicium werden wir zum Prätor in Beziehung setzen müssen. Wann hat nun der Prätor ein Judicium vorbereitet? Jedenfalls darf der Richter noch nicht bestellt sein. Denn mit dem Richter haben wir ja schon das Judicium. Die Sache muß aber so weit gediehen sein, daß ein Richter bestellt werden kann. Es muß also eine Verhandlung der Parteien vor dem Prätor bereits stattgefunden haben: der Prätor hat

die Parteien zur Verhandlung zugelassen und die Verhandlung mit ihnen bis zu Ende durchgeführt. Es kann also jetzt festgestellt werden: um welche Streitpunkte handelt es sich?

2. Das Verfahren haben wir uns von Haus aus als ein rein mündliches vorzustellen. Nun berichtet Gajus IV, 30 von einem durch die lex Aebutia bzw. zwei leges Iuliae bewirkten neuen Verfahren, wofür er zwei Bezeichnungen bringt: effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas litigaremus. Ermann, Z. R. G. Bd. 32 S. 276 hält id est formulas für eine spätere Einschaltung in die, vermutlich noch republikanische, Vorlage. Ich möchte sagen: dem Grundstocke ist diese Ausdrucksweise noch vorzuenthalten. Jedenfalls wird per concepta uerba die ältere Bezeichnung gewesen sein. Wir können sie also füglich zu dem ältern mündlichen Verfahren in Beziehung setzen.

Ließe sich nun andererseits in der formula eine schriftliche Urkunde erblicken, so wäre mit der in Frage stehenden Doppelbezeichnung der Gegensatz zwischen mündlichem und schriftlichem Verfahren zum Ausdruck gebracht.

Anders stellt Erman S. 276 sich die Sache vor. Danach sollen sich die concepta uerba beziehen auf die neue, dem einzelnen Falle angepaßte conceptio, aus der sich dann 'stehende, typische Wortfassungen, Formulare d. h. Schemata' entwickelt hätten.

Allerdings wird concipere bei neuen Fassungen verwendet: vgl. z. B. fr. Vat. 90 interdictum tale concipiendum est. Aber ebenso gut bei dem im Album stehenden Schema: vgl. z. B. Gai. IV, 37. 45. 46. 47. 60. 86. 106; Paul. coll. 2, 6 § 5.

3. Also eine mündliche Verhandlung ist zugrunde zu legen. Der Prätor und die Parteien sind sich einig geworden über das, was streitig. Das Ergebnis ist jetzt vom Prätor zu verkünden. Die Zeugen werden aufgerufen. Das testes estote wird dem Zubezeugenden voraufgegangen sein: vgl. Hart-

mann-Ubbelohde, R. G. V. S. 448 flg.; Lenel, Z. R. G. Bd. 37 S. 334.

Es ist allerdings nicht ausdrücklich gesagt, daß der Prätor das Ergebnis der bisherigen Verhandlung zu verkünden hatte. Aber einer von beiden mußte es doch sein: entweder der Prätor oder die Parteien. Den Parteien es allein zu überlassen, wäre bedenklich gewesen: denn dann hätte ja möglicherweise der Streit von neuem beginnen, vielleicht einen ganz andern Gegenstand betreffen können. Der Streit hat aber insofern schon seinen Abschluß erreicht, als die streitigen Punkte jetzt feststehen, das wird bewiesen durch das ordinato iudicio.

Wie später die endgültige Feststellung der Formel dem Prätor obliegt, wird auch beim mündlichen Verfahren der Prätor es gewesen sein, der durch seine Erklärung vor Zeugen das Streitverhältnis endgültig regelte. Diese Erklärung wäre demnach aufzufassen als eine Art Zwischenbescheid.

Der Prätor mag sich etwa in dieser Weise ausgedrückt haben: A^s A^s ait N^m N^m decem sibi dare oportere, N^s N^s negat se A^o A^o decem dare oportere. Oder vielleicht im Sinne der Parteien: aio N^m N^m decem mihi dare oportere bzw. nego me A^o A^o decem dare oportere.

4. Die Parteien, indem sie die Zeugen aufrufen, tun dies in der Erwartung, daß die uerba concepta des Prätors im Einklang stehen werden mit den voraufgehenden Verhandlungen. Denn diese vor Zeugen abgegebene Erklärung des Prätors soll ja die Grundlage des künftigen Rechtsstreites bilden. Hätte demnach der Prätor sich eine Abweichung erlaubt, er hätte z. B. uiginti statt decem gesagt, so wäre es Sache der Parteien gewesen, hiergegen Widerspruch zu erheben. Erfolgt ein solcher Widerspruch nicht, so muß die Festsetzung des Prätors als genehmigt gelten. Ein solcher Satz ist uns zwar nicht ausdrücklich überliefert, er ergibt sich aber aus den Verhältnissen. Die Parteien sind sich einig geworden über die Grundlage des künftigen Rechtsstreites; oder gelten wenigstens dafür, als wären sie sich einig geworden. Ob man das schon

einen Vertrag nennen kann? Jedenfalls wäre das ein Zustand, der mit einem Vertrage eine gewisse Aehnlichkeit hätte.

Die Zeugen werden aufgerufen, um zuzuhören. Sollte später Streit entstehen: was ist gesprochen? dann konnten die Zeugen darüber befragt werden.

Etwas anderes scheint Wlassak die Vorbereitung zu verstehen. Er spricht seine Auffassung S. 77 deutlicher dahin aus: ‘nachdem die Schriftformel vom Prätor festgestellt (genehmigt) ist’. Dazu kommt noch ein verschärfender Zusatz: siehe unten II, 6.

Vorläufig sind wir noch beim mündlichen Verfahren. Nachdem die Verhandlung vor dem Prätor zu Ende, ist es Sache der Parteien, für den erforderlichen Beweis zu sorgen. Sie wenden sich an die Zeugen mit einem Testes estote. Der Prätor ist es, welcher die Streitpunkte festzustellen hat. Und wenn er auch schon einig geworden ist mit den Parteien, bedarf es doch weiter noch einer Erklärung vor Zeugen. Schloßmann, Lit. Cont. S. 75 versteht die uerba concepta von nachgesprochenen Worten, von formulae, die der Prätor erteilt, dann ‘vom Kläger vor- und vom Verklagten nachgesprochen werden’. Läge es bei dieser Annahme nicht näher, dem Prätor die Rolle des Vorsprechenden zuzuwenden? Der Kläger sprach ihm etwa nach: aio N^m^ N^m^ decem mihi dare oportere; und der Beklagte: nego me A° A° decem dare oportere.

Mit dieser Feststellung des Streitgegenstandes ist ein gewisser Abschnitt erreicht. Das Verfahren in iure ist aber noch nicht zu Ende. Die Litiscontestation bildet zwar den Schluß der Sachverhandlung, aber nicht der Verhandlung in iure überhaupt. Vor allen Dingen ist noch nötig die Bestellung des Richters.

5. Von der Vorbereitung und, was sich dem zunächst anschließt, ist auseinanderzuhalten die Anordnung des iudicium. Wenn der Prätor den Streitgegenstand festgestellt hat, kann, vielleicht sofort, vielleicht erst in einem andern Termine, das Verfahren vor dem Richter zugelassen, dem Richter befohlen

werden. Bekker, Z. R. G. Bd. 40 S. 2 macht aufmerksam auf folgende Stellen:

Lex agr. vom Jahre 643/111 Zle 17: quei eorum de ea re ante eidus Martias primas in ious adierit ad eum, quem ex h. l. de eo agro ius deicere oportebit, is de ea re ita ius deicito d . .

Ebenda Zle 35: consulis praetoris censoris queiquom(que . . iu)risdictio iudici iudicis recuperatorum datio esto ita utei eis e re publica fideque sua . . de e)o agro loco ious deicito neiue de . . cernito neiue iudicium.

Lex Rubr. I c. 20 Zle 17. 18: ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito.

Ebenda II c. 22 Zle 28: ius deicei iudiciaue dare.

Lex Mal. c. 65: ius dicito iudiciaque dato.

Hier finden wir neben dem ius dicere das iudicia dare. Von dem iudicia dare zweigt sich weiter ab das iudicare iubeto cogito; in den beiden letzteren Stellen scheint iudicia dare in einem weitern Sinne genommen zu sein und das iudicare iubeto cogito mitzuumfassen. Das iudicare im engern Sinne findet eine genauere Bestimmung in der Umschreibung der lex agr. Zle 35 iudici iudicis recuperatorum datio.

In diesen und andern Stellen, die Bekker beigebracht hat, tritt uns ein engerer Begriff des ius dicere entgegen, der bisher wenig beachtet worden. Was hat es mit diesem ius dicere für eine Bewandtnis?

Bekker wendet sich gegen die Annahme, als ob die Parteivorträge 'ohne weiteres' begonnen hätten. Der Prätor mußte sich doch erst darüber entscheiden, ob er die Sache überhaupt annehmen wolle. Bekker meint: 'den rechtsverbindlichen Aeußerungen der Parteien hat eine mehr oder minder feierliche Erklärung des Magistrates voranzugehen, die ius dicere genannt wird.

Die Feierlichkeit mag auf sich beruhen bleiben. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung wird jedenfalls er-

forderlich gewesen sei: ob der Prätor die Parteien überhaupt hören wolle.

Damit dürfte aber der Umfang des ius dicere kaum erschöpft sein. Die wichtigste von den angeführten Stellen ist die lex Rubr. I. c. 20 Zle 17. 18, die Bekker an die Spitze gestellt hat. Wir werden diese Stelle mit dem Verfahren per concepta uerba in Verbindung bringen dürfen. Dem ius dicere schließt sich an das iudicia dare, iudicare iubere cogere. Also ist ius dicere die Tätigkeit des Magistrates, die übrig bleibt, wenn wir das iudicia dare und iudicare iubere in Abzug bringen. Diese Tätigkeit begreift jedenfalls in sich die Vorbereitung des Rechtsstreites, das ordinare iudicium, wie die endgültige Feststellung der streitigen Punkte durch die vor den Zeugen abgegebene Erklärung des Prätors. Wir können auch so sagen: das ganze Verfahren bis zur Litiscontestation, diese mitinbegriffen, füllt aus den Begriff des ius dicere.

In gewisser Beziehung noch deutlicher drückt sich aus Cic. pro Rosc. com. 11, 32: lite contestata, iudicio damni iniuria constituto. Keller S. 33 weiß sich dieser Stelle gegenüber nicht anders zu helfen, als daß er iudicio . . constituto für eine nähere Bestimmung des lite contestata erklärt. Dagegen mit Recht Hartmann-Ubbelohde, Röm. G. V. S. 462. 463. Das litem contestari muß vielmehr dem constituere iudicium voraufgegangen sein. Dabei werden wir wiederum das Verfahren per concepta uerba zugrunde legen können. Eisele, Cognitur S. 26; Abhandlungen S. 88 möchte freilich diese Stelle lieber von einem Prozesse verstehen, der per legis actionem verhandelt wäre. Aber er weiß sich schon selber wegen der Cognitur auch mit dem Formularprozeß abzufinden.

Buß S. 62 kommt zu folgendem Ergebnis: die ursprüngliche Form der Litiscontestation habe bestanden in dem beiderseitigen Testes estote, das aller Wahrscheinlichkeit nach mit der Bestellung des Richters unmittelbar verknüpft war.

6. Ob wir die Litiscontestation mit der legis actio in Verbindung bringen dürfen? Ich habe schon früher in dieser Beziehung meine Bedenken geäußert: Soc. publ. S. 445 Anm. 5. Und jetzt ist Schloßmann, Lit. Cont. §§ 9. 11. 19 mit großer Entschiedenheit dafür eingetreten: daß die Litiscontestatio der legis actio fernzuhalten sei. Schon längst vertrat diesen Standpunkt Bethmann-Hollweg in Tübinger Krit. Z. Bd. 5 S. 76. 77; hat diese Ansicht aber zurückgenommen in seinem Röm. Civilprozeß Bd. 1 S. 178.

Andere Schriftsteller beschränken die Litiscontestatio auf einzelne Legisactionen.

Nach Hartmann-Ubbelohde, R. G. V. S. 449 Anm. 33 soll ein Zeugenaufruf nicht stattgefunden haben bei der legis actio per iudicis postulationem.

Bekker, Z. R. G. Bd. 40 S. 26 scheidet aus manus iniectio, pignoris capio und condictio; behält also nur nach sacramentum und iudicis postulatio. Bekker S. 32 macht geltend, daß die Konsumption zweifellos in die Periode der Legisactionen gehöre. Sehr richtig. Das hätte man aber vielleicht auch ohne Litiscontestatio besorgen können. Es ist doch bemerkenswert, daß die Regel in beiden Fällen ganz verschieden lautet. Bei der legis actio hieß es vermutlich: bis de eadem re ne sit actio. Vgl. Quint. inst. or. 7, 6 § 4 und die sonst bei Bekker, Consumption S. 21 flg. angeführten Stellen. Die Fassung in IV, 108 mit ihrem ipso iure wird spätere Umgestaltung sein. Vielleicht ist der ganze Paragraph nachgajanischen Ursprunges.

Gradenwitz, Festschrift für Bekker S. 396 flg. beschränkt die Rechtsregel bei Gajus III, 180 auf die legis actio per condictionem. Er stützt sich dabei auf das apud ueteres scriptum est. Indessen ueteres ist ein relativer Begriff. Dirksen, Beiträge S. 164 ist der Ansicht, daß die juristischen Klassiker zu den ueteribus sämtliche Rechtsgelehrte bis auf August zählen; und versteht Vermischte Schriften S. 171 so auch die ueteres des § 180. Ob nun die Auffassung

Dirksens in jeder Beziehung zutrifft, will ich ganz dahingestellt sein lassen. Jedenfalls weisen die ueteres nicht mit Notwendigkeit auf die legis actio hin. Andererseits dürfte der Satz si modo legitimo iudicio fuerit actum die Beziehung zum Formularprozeß deutlich genug verraten.

Besondere Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Litiscontestatio neben legis actio scheint es überhaupt nicht zu geben. Daraus würde nun freilich noch nicht folgen, daß sie nicht möglich war.

Aber die Sachlage ist hier doch eine wesentlich andere. Bei der legis actio haben wir es mit bestimmten Formen zu tun, deren sich die Parteien bedienen, die den Gesetzen entsprechen bzw. den Priestern genehm sein mußten. Pomp. fr. 2 § 6 de or. iur. 1, 2: omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant. Der Litiscontestatio liegt zugrunde eine Feststellung des Streitgegenstandes unter Mitwirkung des Prätors, der Einfluß der Priester ist vollständig ausgeschaltet. Sollte es demnach bei der legis actio ebenfalls eine Litiscontestatio gegeben haben, so hätte sie von ganz anderer Beschaffenheit sein müssen.

7. Ferner setzt eine Litiscontestatio die Zuziehung von Zeugen voraus. Daß solche bei Vornahme der legis actio zugegen waren, scheint man für selbstverständlich zu halten. Daß irgendwie für Beweis gesorgt werden mußte, dürfte allerdings selbstverständlich sein. Brauchte das aber durch gewöhnliche Zeugen zu geschehen? Pomponius a. a. O. fährt fort: ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset priuatis.

In dieser Fassung gibt die Stelle keinen Sinn, und zwar wird das Verderbnis im praeesset zu suchen sein. Mommsen, R. St. Rt. Bd. 2³ S. 46 Anm. 3 bemerkt: 'daß es unmöglich ist mit dem unklaren praeesse priuatis einen der sonst bekannten pontifizischen Tätigkeit konformen Sinn zu verbinden'.

Wie wäre es, wenn wir es mit einem praeisset statt praeesset versuchten? Das praeesset tritt uns zwar im Licht-

druck mit großer Deutlichkeit entgegen. Solche Vertauschungen kommen aber auch sonst vor. Und gerade in einem ähnlichen Zusammenhange bei Cic. de oratore 1, 10 § 41: multisque praeissem qui aut interdicto tecum contenderent aut te ex iure manum consertum uocarent. Hier wird praeissem vom Rechtsbeistande gebraucht, welcher den streitenden Teilen die Formeln vorsagte. In einzelnen Handschriften steht aber praeessem. So könnte doch auch in unserer Stelle praeesset mit praeisset vertauscht sein.

Mit dem praeire hätten wir dann aber eine Tätigkeit, die den Priestern sehr vertraut und hier auch ganz am Platze war. Der Laie will wissen, welche Formel er herzusagen habe, und in dieser Beziehung sicher gehen. Genügt es denn, wenn er sich in die Wohnung des Priesters begibt und sich nach der Formel erkundigt? Er kann sie ja längst wieder vergessen haben, bevor er sie beim Prätor gebraucht. Da war es dann ganz zweckmäßig, wenn alle Jahre ein bestimmter Priester dazu ausersehen wurde, den Streitenden die Formel vorzusagen.

Das Vor- und Nachsprechen hat auch schon Schloßmann in seiner Litis Contestatio beschäftigt, aber gerade für die legis actio lehnt er es S. 72 ab.

Bei einer derartigen Einrichtung waren gewöhnliche Zeugen kaum noch nötig. Ein solcher Priester war gleichsam das lebendige Protokoll. Alle Formeln, die er vorsagte, hatte er gleichzeitig in sich aufgenommen und konnte darüber Auskunft geben; mochte auch durch Aufzeichnung seinem Gedächtnisse zu Hilfe kommen.

Alles in allem wäre dies das Ergebnis. Von einer Litiscontestatio neben legis actio ist uns nichts überliefert. Man hätte auch ganz gut so fertig werden können. Also lasse man sie beiseite.

8. Es genügt nicht, die legis actio abzulehnen, es ist weiter zu untersuchen: welches Gebiet das litigare per concepta uerba neben der legis actio einnahm. Allem Anschein nach

hat die lex Aebutia das litigare per concepta uerba nur eingeführt für Ansprüche auf dare oportere.

Diese Ansicht ist bereits entwickelt von Eisele, Abhandlungen S. 78 flg.

Nach Eisele soll die lex Aebutia erfaßt haben die Ansprüche auf dare oportere einer bestimmten Summe römischen Geldes, sowie die actiones certae rei. Zugleich soll gesehen sein auf den Entstehungsgrund, es sei nur pecunia data, expensilata oder stipulata in Betracht gekommen.

Diese letztere Einengung möchte ich bezweifeln. Ich halte mich an die Regel der Alten: ante litem contestatam dare debitorem oportere. Allem Anscheine nach treffen wir dies dare oportere auch an bei der actio legis Aquiliae: Huschke, Gajus S. 112; Karlowa, Röm. Civ.proz. S. 199; Lenel, Ed.[1] S. 158; Ed.[2] S. 196.

Zur Unterstützung weise ich hin auf die neben der actio legis Aquiliae einhergehende certi condictio, die uns entgegentritt bei Ulp. fr. 9 § 1 de reb. cred. 12, 1: vgl. dazu Mora des Schuldners Bd. 2 S. 506 flg.; Pernice, Z. R. G Bd. 26 S. 249. Denn mag diese certi condictio entstanden sein, wann sie will — die Entwicklung ist weit natürlicher, wenn man sich vorstellt, daß die Intentio der actio legis Aquiliae auch schon auf dare oportere lautete. Ferner wird im Comm. von Autun 103 die ex lege Aquilia actio als Beispiel einer legitima aufgeführt. Nach Lenel, Ed.[2] S. 197 könne freilich der die certi condictio betreffende Passus bei Ulpian 'als historisches Zeugnis für klassisches Recht überhaupt nicht in Betracht kommen'.

Für den Ausschluß der späteren bonae fidei iudicia beruft sich Eisele S. 88 auf Cic. de off. 3, 15 § 61: sine lege iudicia in quibus additur ex fide bona. Ich halte die Stelle nicht für beweiskräftig, da das sine lege sich nur auf den Dolus bezieht. Mir genügt aber wiederum die Regel der Alten, die nur das dare oportere berücksichtigt. Damit

ist zugleich zurückgewiesen das dare facere, also sind ausgeschlossen die bonae fidei iudicia und überhaupt das incertum.

So käme ich denn, was den Inhalt der lex Aebutia anbetrifft, ungefähr zu demselben Ergebnisse wie Eisele. Es taucht aber noch die Frage auf, ob die Regel nicht im Laufe der Zeit durch die Praxis eine Erweiterung erfahren. Dafür dürfte sprechen IV, 107: Si uero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris ciuilis habet intentionem. Danach genügt bei einer actio in personam allgemein iuris ciuilis intentio. Es wird also mitumfaßt nicht bloß das dare facere, siehe IV, 60, sondern auch das pro fure damnum decidere oportere, siehe IV, 45.

9. Andererseits weist uns IV, 107 auf eine weitere Beschränkung hin. Es genügt gar nicht das dare oportere, es muß zugleich legitimo iudicio geklagt sein.

Unter den legitima iudicia haben wir nach IV, 104 solche zu verstehen: quae in urbe Roma uel inter primum urbis Romae miliarium inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur. Von den übrigen iudicia heißt es IV, 103: imperio continentur.

Die legitima iudicia haben anscheinend ein Gesetz zur Grundlage, und dieses Gesetz wird die lex Aebutia gewesen sein.

Welche Bewandtnis mag es mit dieser Einteilung der iudicia haben?

Meines Erachtens dürfte diesem Gegensatze ursprünglich eine Abgrenzung der beiden prätorischen Gerichtssprengel zugrunde liegen. Den ersten Meilenstein finden wir auch sonst bei der Gerichtsbarkeit berücksichtigt: Liu. 3, 20 § 7; Ulp. coll. 1, 3 § 1. Demnach wäre der Stadtprätor für die iudicia legitima, der Fremdenprätor für die iudicia quae imperio continentur zuständig gewesen.

Diese Grenzlinie ist im Laufe der Zeit nicht streng eingehalten. Wenn die Parteien damit einverstanden waren, konnte der Stadtprätor auch iudicia quae imperio continentur, und der Fremdenprätor iudicia legitima an sich ziehen. Ferner

ist der Stadtprätor dazu übergegangen, ebenfalls Recuperatoren zu bestellen. Ich werde hierauf zu IV, 103 flg. zurückkommen. Aber trotzdem hat noch nach den duae Iuliae der Stadtprätor es vorzugsweise mit den iudicia legitima zu tun, während die iudicia quae imperio continentur hauptsächlich den Fremdenprätor angehen.

Für Ansprüche auf dare oportere, die in einem legitimum iudicium geltend zu machen sind, hat die lex Aebutia das litigare per concepta uerba gestattet und auf dieses Verfahren das bis de eadem re ne sit actio der legis actio übertragen, nach IV, 107 in der Fassung: postea ipso iure de eadem re agi non potest. Das ipso iure wird aber wohl erst spätere Einfügung sein.

II. Die Formula.

Man ist sich darüber nicht einig, ob die Formel schriftlich war bzw. sein mußte. Schloßmann, Litis Cont. S. 27 flg. leugnet die Schriftformel. Ihm ist beigetreten Hugo Krüger, Z. R. G. Bd. 39 S. 541. Schon Bethmann-Hollweg, Tübinger Kr. Z. Bd. 5 S. 77 konnte sich von der schriftlichen Formel nicht vollständig überzeugen. Ferner haben Kübler, Z. R. G. Bd. 29 S. 179 flg., und Trampedach, Z. R. G. Bd. 31 S. 137 flg. in dieser Beziehung Bedenken geäußert. Auch Erman, Z. R. G. Bd. 30 S. 335 stellt sich die Formel ursprünglich als mündlich vor. Aufs neue ist Schloßmann wider die Schriftlichkeit des römischen Formularprozesses aufgetreten in seiner Schrift 'Praescriptiones und praescripta uerba'. Er macht aber S. 49 der fakultativen Schriftlichkeit weitgehende Zugeständnisse, damit würde die Bedeutung dieser Streitfrage sehr zusammenschrumpfen. Ich werde bei den Präscriptionen noch einmal Gelegenheit finden, hierauf zurückzukommen.

In diese Streitfrage spielt hinein der Gegensatz zwischen mündlichem Verfahren mit Litiscontestatio und dem Verfahren mit Formula. Beides wird auch wohl miteinander verquickt. Dies hängt damit zusammen, daß die Bedeutung der Litis-

contestatio sich später erweiterte. Davon ist aber zunächst abzusehen. Siehe unten S. 424.

Beim mündlichen Verfahren mit alter Litiscontestatio wird sich auch so etwas wie eine Formel eingestellt haben. Dafür scheint die Bezeichnung concepta uerba gebraucht zu sein. Diese Mündlichkeit nehme ich natürlich aus. Zu dieser Mündlichkeit bildet ja gerade die Formel ursprünglich einen Gegensatz.

Die alte Litiscontestatio ist verschwunden und damit auch diese Mündlichkeit. Ob die neue Formel der Mündlichkeit je zugänglich wurde? Wenn einmal ein Prätor auf den Gedanken gekommen wäre, eine Formel mündlich zu erteilen, so mag das ja auch wohl gegangen sein. Jedenfalls kann man von einer schriftlichen Formel in dem Sinne sprechen: daß die Schrift zulässig war und regelmäßig zur Anwendung kam.

1. Was den Ursprung der schriftlichen Formula anbetrifft, so könnte sie älter sein als die lex Aebutia und dem Peregrinenrecht entstammen. Dies hat Huschke, Analecta lit. 1826 pag. 216 flg. längst vermutet, und diese Ansicht hat Beifall gefunden: vgl. Wlassak, Proz.ges. Bd. 2 S. 302.

2. Partsch, Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse S. 3 flg. versucht es, diese Ansicht auf eine Reihe von Urkunden zu stützen.

In Betracht kommen namentlich: der Schiedsspruch, den die Magneten zwischen den beiden kretischen Gemeinden Itanos und Hierapytna nach Anweisung des Senates fällen, aus dem Jahre 621/133: Dittenberger, Sylloge Bd. 2 [2] n. 929; die Urkunde betreffend den Streit über den Tempel der dentheliatischen Artemis zwischen Sparta und Messene aus den Jahren 608/146 bis 618/136: Sylloge Bd. 1 [2] n. 314; die Entscheidung der Gemeinde Mylasa in einem Streit zwischen Magnesia und Priene: Sylloge Bd. 2 [2] n. 928.

a) Das Hauptgewicht legt Partsch auf die dritte Urkunde. Diese soll nach seiner S. 51 entwickelten Ansicht zwischen den Jahren 564/190 und 594/160 abgefaßt sein. Das bleibt immerhin eine unsichere Annahme.

Andererseits steht das Datum der lex Aebutia auch nicht fest. Nach Girard, Z. R. G. Bd. 27 S. 49; Girard-von Mayr S. 1090 Anm. 1 wäre dieses Gesetz in die Zeit zwischen 605/149 und 628/126 bzw. 630/124 zu verlegen. Erman, Z. R. G. Bd. 32 S. 275, in Anlehnung an Girard, meint 'etwa um 125 vor Chr.'. Wlassak, Z. R. G. Bd. 41 S. 110 = Gerichtsmagistrat S. 118 glaubt die Grenzen weiter stecken zu müssen: 'einerseits Sextus Aelius um die Mitte des 6. Jahrh. d. St., andererseits Cicero'. Das sicherste, zeitlich in Betracht kommende Zeugnis für das Aebutische legitimum iudicium biete dar die Rede pro Flacco, gehalten im Jahre 695/59, wo es 21, 50 heißt: quod iudicium lege non erat. Außerdem mache eine Aeußerung in der Rede pro Rosc. com. 8, 24 sunt formulae de omnibus rebus constitutae es sehr wahrscheinlich, daß schon zur Zeit dieser Rede, gehalten zwischen 677—686 d. St., der Aebutische Prozeß nichts Neues war; 'zwar nicht ganz zwingend, man könnte allenfalls an Imperiumsprozesse denken'. Diesen Ausführungen gegenüber hat Girard, Z. R. G. Bd. 42 S. 113 flg. an seiner Auffassung festgehalten.

So werden wir doch wohl darauf verzichten müssen, auf Grund der bisherigen Ermittelungen das zwischen den in Frage stehenden Urkunden und der lex Aebutia obwaltende Zeitverhältnis näher festzustellen.

b) Und was den Inhalt anbetrifft, so fehlt es auch in dieser Beziehung nicht an Abweichungen.

In den Urkunden handelt es sich um internationale Streitigkeiten.

Das Verfahren wird von und vor dem römischen Senate eingeleitet.

Insonderheit ist es der Senat, welcher den Streitgegenstand feststellt. In bezug auf die Richter heißt es Syll. n. 929 Zle 54 am Ende der Feststellung: ὅπως οὕτως κρίνωσιν αὐτοὺς ἔχειν, κατέχειν τε καρπίζεσθαί τε ἐξεῖναι; und in bezug auf die Parteien Zle 79: ἵνα ἔχωσιν κατέχωσίν τε καρπίζωνταί τε.

In der zweiten Urkunde Syll. n. 314 dürfte die Ergänzung Zle 55 unbedenklich sein, die danach lautet: ὅπως οὗτοι οὕτ(ως κατέχωσιν . . Hier hätte dann der Senat ebenfalls das κατέχειν zur Untersuchung gestellt.

In beiden Urkunden soll nach Partsch S. 31 den Griechen eine Feinheit nicht zum Bewußtsein gekommen sein: 'die stets nur von dem Senatsbeschluß, nicht von der prätorischen Schriftformelerteilung sprechen'. In dieser Beziehung gebe die dritte Urkunde ein besseres Bild vom Verfahren. Es heißt bei Partsch: 'Die Nachahmung des römischen Verfahrens geht also hier so weit, daß nicht der Senat, von dem die Griechen einen Bescheid erwarten, die Schriftformel ihnen ausstellt, sondern die streitenden Städte wie peregrine Private vor den Magistrat weist, der ihnen die Schriftformel erteilt'.

Allein auch in dem Streite zwischen Magnesia und Priene ist der Senatsbeschluß die Hauptsache. Der Senat gibt die Punkte an, über welche der Richter abzuurteilen hat. Einmal über das streitige Stück Land. Zle 51: ὃς κρινεῖ Μάγνησιν καὶ Πριανεῦσιν περὶ ταύτης τῆς χώρας τῆς παρὰ Πριηνέων ἀποκεκριμένης οὔσης; dann über die Rechtswidrigkeiten der Magneten, Zle 59: ὃς κρινεῖ ταῦτα ἀδικήματα, die nötigenfalls der Richter abzuschätzen habe, Zle 60: διατιμησάσθω.

Eingeführt beim Senate hat die Gesandten der streitenden Gemeinden ein römischer Prätor, ὁ στρατηγὸς ὁ Ῥωμαίων, namens Μάαρκος Αἰμύλιος Μαάρκου υἱός. Zle 37: τούτοις ἐγὼ σύγκλητον ἔδωκα. Vgl. über senatum dare Mommsen, R. St.rt. Bd. 3 S. 959 Anm. 4.

Diesem römischen Prätor wird aufgegeben, eine freie Gemeinde zum Richter zu bestellen. Und zwar nach Zle 50: εἰς τούτους τοὺς λόγους. Damit wird hingewiesen sowohl auf das Vorbringen der Μάγνητες wie der Πριηνεῖς in bezug auf das streitige Land: Zle 42. 44. In bezug auf die ἀδικήματα werden wir nur hingewiesen auf das Vorbringen der Πριηνεῖς: Zle 56. 57.

Die Richterbestellung soll in erster Linie erfolgen nach

den Gesetzen der beiden Gemeinden. Zle 48: ὃς ἂν ἐν αὐτοῖς ὁμόλογος γενηθῇ. Können sich die Gemeinden nicht einigen, so hat der Prätor bei der Bestellung die Interessen der Gemeinden nach bestem Wissen wahrzunehmen: Zle 50. 51.

Dem Prätor wird zur Pflicht gemacht, der richtenden Gemeinde schriftlich mitzuteilen, an welchem Tage sich beide Teile zur Verhandlung einfinden werden: Zle 61—63.

Die Parteien sind sich über die Wahl der Gemeinde Mylasa als Richterin einig geworden, und die Gemeinde Mylasa hat sich hierzu bereit erklärt: Zle 20. 21.

Die Inschrift beginnt mit einem Beschluß der Gemeinde Magnesia, welche über den Gang des Rechtsstreites berichtet und die Einmeißelung anordnet: Zle 1—31.

Zunächst ein lückenhafter Text. Dann ein Schreiben des römischen Prätors an die Gemeinde Magnesia. Zle 3. 4: γράψαντος δὲ καὶ τοῦ στρατηγοῦ τοῦ Ῥωμαίων . . ἵνα κριθῶμεν. Aus dem γράψαντος δὲ καὶ folgert Partsch S. 29 Anm. 3 mit Recht, daß schon vorher von einem Schreiben die Rede war.

Zugleich ein Schreiben des Prätors an die Gemeinde Mylasa betreffend den Gerichtshof: Zle 4. 5.

Nach Partsch 'hat sich in diesem Schreiben der formelle Befehl ὅπως οἱ δικασταὶ προςκρίνωσιν befunden'. Mir ist nicht ganz klar geworden, in welchen Zusammenhang diese Worte der Zle 2 zu stellen sind. Zudem ist προςκρίνωσιν nicht einmal sicher überliefert. Kern und Dittenberger bringen beide προκρίνωσι, was auf einen Vorbescheid hinweisen würde.

Es folgt Gesandtschaft der Magneten nach Mylasa, Zle 5. 6: ἐπὶ τ)ὴν αἴτησιν τοῦ δικαστηρίου.

Die Mylaseer nehmen die Wahl von Richtern vor, die auf dem streitigen Gebiete erscheinen und das Urteil in einem naheliegenden Apollotempel fällen: Zle 9—11.

c) Die Urkunde hat ihre Bedeutung für das gerichtliche Verfahren vor dem römischen Senate und würde noch wertvoller sein, wenn sie nicht so viele Lücken darböte. Ob sie

aber neue Aufschlüsse über den Formularprozeß gewährt, scheint mir doch zweifelhaft zu sein.

Die Richter sollen, wie schon erwähnt, bestellt werden εἰς τούτους τοὺς λόγους. Damit ist hingewiesen auf die Parteiverhandlungen, wie sie vermutlich im Senate niedergeschrieben waren. Es liegt aber gar nicht darin, daß der Prätor eine Formel erteilen solle. Partsch S. 30 erklärt: 'also der Magistrat soll den vom Senat bestimmten Wortlaut in die Schriftformel aufnehmen'. Damit bliebe der Senat immerhin der Urheber des Wortlautes. Am einfachsten wäre es jedenfalls gewesen, wenn der Prätor den Richtern den Senatsbeschluß abschriftlich mitgeteilt hätte. So verfuhr der Prätor ja auch den Magneten gegenüber. Und von einem Schreiben des Prätors an die Mylaseer ist sogar zweimal die Rede: Zle 4 und 19. 20. Wenn diesem Schreiben beigefügt wäre eine Abschrift des Senatsbeschlusses mit den vollständigen Parteiverträgen, und ein ähnliches Verfahren nimmt schon Partsch an, so wäre dem εἰς τούτους τοὺς λόγους vollständig Genüge geleistet. Mir will es vorkommen, als ob unsere Urkunde den Senatsbeschluß nur in abgekürzter Gestalt darböte; vielleicht wurden die Mylaseer vom Inhalt genauer unterrichtet.

Bei der Richterbestellung darf der Prätor auch nur insoweit selbständig vorgehen, als der Senat dies gestattet: Zle 49—51; 58. 59.

Nach den verschiedensten Richtungen hin bestimmt der Senat die Befugnisse des Prätors. Von einer eignen Machtbefugnis kann insofern kaum die Rede sein. In dieser Beziehung ähnelt er mehr dem στρατηγός der ägyptischen Papyrusurkunden: vgl. über denselben Mitteis, Hermes Bd. 30 S. 578; Bd. 32 S. 648; Wenger, Papyrusstudien S. 105 flg.; Taubenschlag, Archiv Bd. 4 S. 2 flg.; Wilcken, Archiv Bd. 4 S. 413; Partsch, Archiv Bd. 5 S. 519 flg.; Martin, Archiv Bd. 6 S. 137 flg.

d) Liefern demnach die fraglichen Urkunden für eine Formula überhaupt keinen Beweis, so wäre damit auch die schriftliche Formula abgetan.

Andererseits tritt uns hier freilich ein schriftliches Verfahren entgegen, insonderheit werden die Streitpunkte schriftlich festgestellt. Das beruht aber darauf, daß wir es mit Senatsbeschlüssen zu tun haben. Wenigstens um die Zeit, der diese Urkunden jedenfalls angehören, war die formale Gültigkeit eines Senatsbeschlusses längst durch die Niederschrift bedingt: siehe Mommsen, R. Staatsrt. Bd. 3 S. 1010.

e) Wenn aber auch die Beweisführung von Partsch in jeder Beziehung als richtig anerkannt werden müßte, was wäre damit erwiesen? Daß eine römische Einrichtung vom römischen Senate bei Streitigkeiten zwischen peregrinen Gemeinden zur Anwendung gebracht sei. Daneben bliebe es immer noch offene Frage, wo wir den Ursprung dieser Einrichtung, der Schriftformel, zu suchen hätten: ob bei den Römern oder im Peregrinenrecht.

3. Nach Wlassak, Proz.gesf. Bd. 1 S. 159 flg. soll die lex Aebutia den Schriftformelprozeß unter römischen Bürgern eingeführt haben.

Wenn aber die legitima iudicia mit der lex Aebutia in Zusammenhang stehen sollten und die litis contestatio mit den legitima iudicia in Verbindung zu bringen ist; wenn ferner die litis contestatio auf ein mündliches Verfahren hinweist, auf concepta uerba, die bezeugt werden mußten: so wäre gerade hier von Haus aus für die Schriftformel gar kein Platz gewesen.

Wir werden uns mithin nach einem andern Gebiete umzusehen haben.

4. Wie sah es aus auf dem Gebiete der iudicia, quae imperio continentur? Hier trat die Konsumption nicht ipso iure ein, es bedurfte vielmehr einer Einrede: rei iudicatae uel in iudicium deductae. Siehe darüber Lenel, Ed.[2] S. 486 flg.

Von Haus aus werden diese iudicia ohne alle Konsumptionskraft bestanden haben: Bekker, Z. R. G. Bd. 37

S. 364. Zunächst erteilte der Prätor diese Einreden vielleicht nach stattgehabter Voruntersuchung, bis sie später Aufnahme im Album fanden und nicht mehr besonders erbeten zu werden brauchten.

Von beiden Einreden steht der Litiscontestatio am nächsten die rei in iudicium deductae. Warum hat man nicht von einer litis contestatae exceptio gesprochen?

Die einfachste Erklärung wäre die: es gab bei diesen iudicia gar keine mündliche Feststellung des Streitgegenstandes vor Zeugen. Somit war man genötigt, sich für die Konsumption nach einer andern Handlung umzusehen und hier die Wirkung anzuknüpfen.

Dem in iudicium deducere des Klägers entspricht beim Beklagten das iudicium accipi. Beiderlei Ausdrücke werden für gleichbedeutend mit litem contestari genommen.

Somit können wir das in iudicium deducere bzw. iudicium accipi als diejenige Handlung betrachten, welche anstatt der Litiscontestatio bei den iudicia quae imperio continentur die konsumierende Wirkung herbeiführen sollte.

Nun läßt sich weiter das iudicium accipere mit 'dem auffallend verwandten formulam accipere' bei Gai. IV, 57 vergleichen: Keller, Lit. Cont. S. 54.

Wlassak, Proz.ges. Bd. 1 S. 72 flg.; Litiscont. S. 22 nimmt sogar für iudicium geradezu die Bedeutung von Schriftformel in Anspruch. Dagegen erklärt sich freilich Kübler, Z. R. G. Bd. 29 S. 137 flg. Nach Schloßmann, Lit. Cont. S. 39 soll das Wort iudicium sehr häufig die Prozeßformel bezeichnen, wenn auch nicht eine Schriftformel.

Damit wären wir denn bei einer Verknüpfung der formula mit den iudicia quae imperio continentur angelangt. Andererseits habe ich schon unter I, 9 auf die besonderen Beziehungen hingewiesen, welche zwischen diesen iudicia und dem Fremdenprätor obwalteten. Auf diese Weise wäre zugleich ein neuer Anhalt für die Vermutung Huschkes gewonnen, daß

der Ursprung der schriftlichen Formula im Peregrinenrecht zu suchen sei.

Die Schriftformel kam aus der Fremde und hat sich durch Vermittelung des Peregrinenprätors zunächst festgesetzt bei den iudicia quae imperio continentur. Die lex Aebutia bringt die Litiscontestatio mit den concepta uerba. Diese Worte entsprechen in gewisser Weise der Schriftformel, aber die Mündlichkeit lehnt sich an der alten legis actio.

Das älteste Beispiel einer Formula, soweit ich sehe, ist uns überliefert in der lex Latina tabulae Bantinae aus den Jahren 621/133 bis 636/118, Bruns-Gr. n. 9 Zle 9. 10: praetor recuperatores ⟨. . . opo⟩rteat dato, iubetoque eum, sei ita pariat, condumnari populo, facitoque ioudicetur. Und hier weisen uns die recuperatores deutlich hin auf die iudicia quae imperio continentur. Für das Alter der lex Aebutia, wie ich Societas publ. S. 444 annahm, wird dadurch freilich nichts bewiesen.

Das mündliche Verfahren mit Litiscontestatio hat im Laufe der Zeit der Formula weichen müssen. Der Name Litiscontestatio hat sich aber erhalten und übertragen auf das in iudicium deducere bzw. iudicium accipi.

Was die Dauer der wirklichen Litiscontestatio anbetrifft, so macht Wlassak, Litiscont. S. 70 auf das Präsens in den beiden Stellen aus Festus Th. de P. 27. 40: dicit . . dicuntur aufmerksam. Festus wird den Verrius Flaccus wiedergegeben haben. So kämen wir für die mündliche Streitbefestigung noch auf die Zeit des Augustus herab.

In der lex Rubria, Bruns-Gr.[7] n. 16, tab. I cap. 20 Zle 48 finden wir nebeneinander gestellt: quos inter id iudicium accipietur leisue contestabitur. Hat es nun damals noch ein mündliches Verfahren mit Heranziehung von Zeugen gegeben, so liegt es doch am nächsten: das leisue contestabitur hiervon zu verstehen, so daß wir für das iudicium accipietur die Formula übrig behielten.

Dieser Annahme scheint sich indes eine Schwierigkeit in

den Weg zu stellen, da für die lex Rubria nur iudicia, quae imperio continentur in Betracht kommen dürften. Sollten wir demnach das leisue contestabitur schon in erweiterter Bedeutung zu verstehen haben? Möglich wäre aber auch gedankenlose Uebertragung stadtrömischer Verhältnisse auf die Provinz, da die lex Rubria nicht in jeder Beziehung sorgfältig redigiert worden: vgl. Demelius, Confessio S. 135.

Wie mag es geworden sein mit der ipso iure-Wirkung und den ihr gegenüberstehenden exceptiones? Ob sich von diesem Gegensatze noch Spuren in den Pandekten finden? Man hat hierauf bezogen Scaeu. fr. 60 de fideiuss. 46, 1: fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum, vgl. zu dieser Stelle Salkowski, Novation S. 314 flg. Ferner behauptet Keller, Lit. Cont. S. 110. 243 von Ulp. fr. 5 de exc. rei iud. 44, 2: daß Ulpian hier die exceptio rei in iudicium deductae im Auge hatte.

5. Während demnach das alte litem contestari sich anlehnte an mündliche Verhandlung, würde das in iudicium deducere bzw. iudicium accipi bewirkt sein durch schriftliche Formel.

Dazu kommt noch ein anderer Gegensatz. Das litem contestari ist eine Handlung, die dem constituere iudicium voraufgeht. Und dieses iudicium constituere fällt doch wieder zusammen mit dem in iudicium deducere bzw. iudicium accipi.

So liegen denn litem contestari und Formelerteilung zeitlich auseinander, oder können wenigstens zeitlich auseinanderliegen. Und das hängt wieder damit zusammen, daß der Magistrat sich bei der Formelerteilung nicht darauf beschränkt, die Streitpunkte festzustellen, sondern gleichzeitig für das in iudicium deducere bzw. iudicium accipi Sorge trägt. Dies geschieht durch das iudicium dare bzw. iudicare iubere.

Diese verschiedenerlei Tätigkeit tritt uns auch äußerlich getrennt in der Formel entgegen. Sie beginnt mit dem iudex esto und schließt mit dem Befehle an den Richter, entweder zu verurteilen oder freizusprechen. Was in der Mitte steht,

ist die Feststellung des Streitgegenstandes: die intentio, der sich zuweilen eine demonstratio anschließt.

Nun finden wir dieses Dreierlei in einer Urkunde beisammen. Dieser Umstand gestattet den Schluß auf Gleichzeitigkeit. Es wird die Feststellung des Streitgegenstandes gleichzeitig vorgenommen sein mit dem iudicium dare und dem iudicare iubere; oder sagen wir in Anlehnung an die lex Rubria II, c. 22 Zle 28 und die lex Malacitana c. 65, kurzweg: mit der Richterbestellung.

Diese Gleichzeitigkeit erklärt den Sprachgebrauch, daß man in iudicium deducere bzw. iudicium accipi für gleichbedeutend nahm mit litem contestari.

Immerhin ist dies ein ungenauer Sprachgebrauch. Und wo ausnahmsweise die Richterbestellung losgelöst erscheint von der Feststellung des Streitgegenstandes, finden wir für letztere wiederum das litem contestari. Vgl. Paul. fr. 28 § 4 de iud. 5, 1: iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in prouinciam transferatur. Macer fr. 16 de off. praes. 1, 18: hactenus ei ius dicendum est, ut litem contestetur. Ulp. fr. 1 § 2 de feriis 1, 12: uerum ad hoc tantum cogi aequum est, ut lis contestetur. Weitere Stellen bei Hartmann-Ubbelohde, R. G. V. S. 464.

Die Sache liegt demnach so. Die schriftliche Formel enthält im allgemeinen zugleich die Richterbestellung und bildet insofern den Schluß des Verfahrens in iure. Und weil der Richterbestellung sich anreiht die Feststellung des Streitgegenstandes, kann man auch sagen: die Litiscontestatio bildet den Schluß des Verfahrens in iure.

Ausnahmsweise löst sich aber ab die Feststellung des Streitgegenstandes von der Richterbestellung. Es wird zunächst eine Formel erteilt, die sich darauf beschränkt, den Streitgegenstand festzustellen. Eine solche Formel bildet nicht den Schluß des Verfahrens in iure, denn die Richterbestellung soll ja noch nachfolgen. In diesem Falle bildet demnach auch die Litiscontestatio nicht den Schluß des Verfahrens in iure.

6. Wlassak in seiner Schrift 'Die Litiscontestation im Formularprozeß' hat folgende Ansicht entwickelt: der Kläger habe dem Beklagten vor dem Prätor die Schriftformel übergeben oder diktiert, der Beklagte habe die Formel und damit auch das Gericht angenommen; auf diese Weise sei durch edere und accipere der Parteien ein Formalvertrag zustande gekommen, der sich als ein Schiedsvertrag darstelle und das Verfahren in iure zum Abschluß gebracht habe; die Bezeichnung Litiscontestatio rühre von dem Zeugenaufrufe her, mit dem dies Verfahren eingeleitet sei.

Wlassak hat an dieser Ansicht in andern Schriften im allgemeinen festgehalten: in 'Römische Prozeßgesetze', 'Zur Geschichte der Cognitur', in Abhandlungen der Z. R. G. z. B., Bd. 38 'Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren', Bd. 39 'Die prätorischen Freilassungen'.

Dann hat diese Ansicht aber noch einen verschärfenden Zusatz erhalten: R. P. G. Bd. 2 S. IX. XI. XII; Cognitur S. 11; Z. R. G. Bd. 39 S. 394. Der Prätor genehmigt lediglich die Formel, er fertigt sie weder aus, noch händigt er sie den Parteien ein; vielmehr ist es Sache des Klägers, den ersten Entwurf herzustellen, da ihm das edere obliege; die Streitbefestigung besteht dann in der förmlichen Hingabe und Annahme der Formel unter den Parteien.

Ich gebe Wlassak bereitwillig zu, daß die Auffassung Kellers nicht zu halten, wonach die Litiscontestatio sich verflüchtigt haben soll zu einem ideellen Endpunkt im Verfahren vor dem Magistrate. Ebenfalls halte ich für richtig, daß die spätere Litiscontestatio mit der schriftlichen Formula in Verbindung zu setzen. Aber daß dem Prätor bei dieser Formelabfassung nur ein Genehmigungsrecht zukomme, ist ein Gedanke, in den ich mich nicht zu finden vermag.

Andererseits könnte auf Uebertreibung beruhen, was Cicero in Verr. II, 2 c. 12 § 31 von der Macht des Prätors sagt. Mindestens bleibt fraglich, ob der Prätor ohne Genehmigung

der Parteien eine Formel wie die dort vorausgesetzte erteilen durfte.

7. Im einzelnen möchte ich folgende Punkte hervorheben.

a) Was zunächst das edere actionem bzw. formulam anbetrifft, so tritt uns dasselbe in dreifacher Gestalt entgegen. Vgl. Bethmann-Hollweg, R. C. P. Bd. 2 S. 6 Anm. 5; Hartmann-Ubbelohde, R. G. V. S. 461 Anm. 62; 465 Anm. 69.

Dem Verfahren vor dem Prätor vorauf geht eine außergerichtliche Klagemitteilung von seiten des Klägers in beliebiger Gestalt.

Das Verfahren vor dem Richter beginnt damit, daß beide Teile ihm die vollständig ausgefertigte Formel überreichen. So ist zu verstehen das editis formulis in IV, 141, worauf ich zurückkommen werde.

In der Mitte zwischen diesen beiden Editionen findet statt das edere als Bestandteil des Verfahrens vor dem Magistrate. Vgl. Paul. coll. 2, 6 § 3 qualem formulam edat und dazu unten Erkl. 97 unter 5.

b) Eine wichtige Stelle ist Ulp. fr. 1 § 1 de edendo 2, 13. Edere est etiam copiam describendi facere: uel in libello complecti et dare: uel dictare. eum quoque edere Labeo ait, qui producat aduersarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est uel id dicendo, quo uti uelit.

Es sind verschiedene Vorschläge gemacht, wie der Schlußsatz zu ändern sei. Am einfachsten wäre wohl eine Auflösung des id in iudicium.

In neuerer Zeit haben sich mit dieser Stelle beschäftigt: Schott, Gewähren des Rechtsschutzes S. 51 flg.; Schloßmann, Lit. Cont. S. 17 flg.; Buß S. 35 flg.

Ich verstehe die Stelle so. Sie handelt von der voraufgehenden, außergerichtlichen Klagmitteilung, die in beliebiger Weise geschehen kann: dadurch, daß dem Zubelangenden Ge-

legenheit gegeben wird, die Klage abzuschreiben; durch Zustellung einer Schrift; durch ein Diktat, das der Zubelangende niederschreibt; dadurch, daß der Klagenwollende den Zubelangenden vors Album führt und auf das hinweist, was er diktieren werde; durch Nennung des iudicium, dessen er sich zu bedienen gedenkt.

c) Besondere Beachtung verdient das dictaturus. Dieses weist hin auf das Verfahren vor dem Prätor, wo die Klage angestellt werden soll. Von einem solchen dictare actionem bzw. iudicium ist mehrfach die Rede. V. I. R. II, 245 bringt folgende Stellen. Pap. fr. 59 § 2 de pec. 15, 1: si post actionem dictatam seruus pecuniam exsoluerit. Ulp. fr. 1 § 4 quod leg. 43, 3: nam duas dictamus protestati ex altera nos uelle consequi quod nos contingit; fr. 13 § 1 iud. solui 46, 7: aliam autem dictauero actionem. Paulus fr. 32 § 9 de rec. 4, 8: si actionem uelit dictare. Pomp. fr. 112 pr. de uerb. obl. 45, 1: donec iudicium dictet. Scaeu. fr. 3 pro dote 41, 9: familiae herciscundae iudicium inter eas dictatum est. Pap. fr. 50 § 2 de pec. 15, 1: si iudicium dictatum non fuisset. Paul. fr. 22 § 4 de nox. act. 9, 4: an iudicium dictare sine noxae deditione uelit; fr. 65 pr. pro socio 17, 2: quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur; fr. 30 pr. de aed. ed. 21, 1: si . . emptor iudicium accepit uel ipse eius nomine dictauit. Marcian. fr. 7 de sep. 42, 6: qui iudicium dictauerunt heredi.

Wir ersehen aus diesen Stellen, daß die Klagmitteilung, das edere actionem, vor dem Prätor geschehen konnte durch ein dictare, d. h. doch wohl: der Kläger gab seine Klage zu Protokoll.

d) Was war der Inhalt eines solchen actionem edere? Der Kläger hatte dem Richter keine Befehle zu erteilen. Also fallen fort: das iudex esto, adiudicato, condemnato, absoluito. Es bleibt lediglich übrig die intentio, sei es mit, sei es ohne demonstratio.

Von der intentio heißt es IV, 41: est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. Es ist derjenige Teil der Formel, der das in sich schließt, was der Kläger zunächst vorzutragen hat.

Auf diese Weise erklärt sich, daß intentio geradezu die Bedeutung von 'Klage' erlangte: siehe Dirksen unter Intentio § 4; Heumann=Seckel, ebenda unter 4. Dieser Sprachgebrauch tritt uns namentlich im Codex Theodosianus entgegen, vgl. z. B. c. un. C. Th. de dolo malo 2, 15 vom Jahre 319: contra quem decernenda intentio huiusmodi fuerit expetita.

An die Intentio des Klägers schließt sich die Antwort des Beklagten, der vielleicht exceptiones vorzubringen hat, auf welche dann wieder replicationes folgen können usw.

e) In welcher Form mögen sich diese Vorträge bewegt haben? Das Natürlichste wäre doch, wenn die Parteien in erster Person geredet hätten. In der Tat fehlt es hierfür nicht an Spuren. Vgl. Paul. fr. Vat. 310: si non donationis causa mancipaui uel promisi me daturum und IV, 126, wo ich auf diese Frage zurückkommen werde.

f) Der Prätor stellte dann auf Grund dieser Parteivorträge das Streitverhältnis fest. Meistens in Verbindung mit der Richterbestellung. Und wie es nicht zweifelhaft sein sollte, daß das iudex esto, adiudicato, condemnato, absoluito einen Befehl des Prätors an den Richter in sich schließt: so muß auch die Grundlage dieser Befehle, das si paret und si non paret auf den Prätor zurückgehen. Dafür spricht mit die dritte Person, in der uns die Behauptungen der Parteien hier entgegentreten.

Einen solchen Befehl leugnet freilich Wlassak, Z. R. G. Bd. 38 S. 139. Dagegen mit Recht Lenel, Ed.[2] S. 110. 111 Anm. 6.

Die Litiscontestatio ist demnach enthalten in dem si paret und si non paret der Formel.

Die Litiscontestatio wäre mithin ihrem Wesen nach dasselbe geblieben, was sie war. Früher Feststellung des Streitgegenstandes vor Zeugen, jetzt mittels Urkunde.

g) Es kamen auch Formeln vor ohne Richterbestellung. Das kann man sich einmal in der Weise vorstellen, daß nur das nackte si paret .. si non paret aufgezeichnet wurde. Es mag aber gleichzeitig das iudex esto, adiudicato, condemnato, absoluito hinzugefügt sein; nur daß der Name des Richters noch auszufüllen war. Vgl. lex Rubr. I c. 20 Zle 22. 32 und dazu Lenel, Z. R. G. Bd. 37 S. 338.

Eine Formel ohne Richter ist eine unvollkommene Formel. Vgl. Leonhard bei Partsch, Schriftformel S. 32 Anm. 2. Deshalb heißt es auch bei Cic. in Verr. II. 2, 12 § 31, wo er eine vollständige Formel gebrauchte: L. Octauius iudex esto.

h) Die Litiscontestatio war eine Handlung, mit der man wichtige Wirkungen verknüpfte. Deshalb ist anzunehmen, daß die Formel mit einem Datum versehen wurde. Ueberliefert ist freilich nur, daß mitunter Rückdatierung erfolgte. Vgl. Ulp. fr. 9 § 6 ad exh. 10. 4 und dazu Demelius, Exhibitionspflicht S. 207. Aber diese Rückdatierung gestattet doch wohl den Schluß, daß regelmäßig richtig datiert wurde.

i) Mit der Bestellung des Richters beginnen dessen Pflichten: Ulp. fr. 25 § 8 de aed. ed. 21, 1. So kann man denn von einem iudicium coeptum oder inchoatum sprechen: Venul. fr. 25 § 4 quae in fraud. 42, 8; Paul. fr. 15 ratam rem 46, 8. Aus dieser Bezeichnung folgt aber keineswegs, wie Schloßmann, Lit. Cont. S. 83 flg. behauptet: daß die Litiscontestatio vor dem iudex vollzogen wurde.

Buß S. 63 gelangt zu folgendem Ergebnis: Später sei der Zeugenaufruf fortgefallen und für die klassische Zeit die Aufzeichnung der Formula Rechtseinrichtung geworden. In welcher Weise der Prätor und die Parteien sich bei dieser neuen Einrichtung beteiligt hätten, dafür gebe es nach dem derzeitigen Stande der Quellen nur ein non liquet.

III. Ich schließe ab mit einer kurzen Betrachtung des Justinianschen Rechtes.

Die schriftliche Formel hat den Sieg davongetragen, aber die Benennung Litiscontestatio hat sich behauptet. Sie tritt uns noch in der Justinianschen Gesetzgebung entgegen, als es längst keine Formel mehr gab.

Diese Erscheinung spricht wiederum dafür, daß nicht die Formel als solche, sondern nur ihr Inhalt die Litiscontestatio herbeigeführt haben kann.

Was man nach Justinianschem Recht unter Litiscontestatio verstanden habe, ist freilich nicht ohne Streit. Vgl. Wieding, Libellprozeß S. 150 flg. Die anscheinend interpolierte c. un. de lit. cont. 3, 9 vom Jahre 202 erklärt den Begriff dahin: lis enim tunc uidetur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.

Unter iudex werden wir im Sinne Justinians den Magistrat, den Präses zu verstehen haben; aber auch wohl den iudex pedaneus, dem die ganze Sache übertragen sein konnte. Vgl. über den letzteren Hartmann-Ubbelohde, R. G. V. S. 602 flg.

Die narratio negotii ist nicht zu beschränken auf den Vortrag des Klägers, sondern in Anlehnung an c. 14 § 4 de iud. 3, 1 vom Jahre 530 und c. 2 pr. de iureiur. 2, 58 vom Jahre 534 mitzubeziehen auf die contradictio bzw. responsio des Beklagten: vgl. Bethmann-Hollweg, R. C. P. Bd. 3 S. 253 flg.

In dieser narratio negotii, die aktenmäßig gemacht sein wird, haben wir ebenfalls zu erblicken die Feststellung des Streitgegenstandes. Eine Erzählung des Rechtsstreites, welche dazu bestimmt war, für den Richter die Grundlage des weiteren Verfahrens zu bilden, ist erst dann vollständig, wenn die streitigen Punkte dargelegt sind. Auffallen könnte, daß lis contestata schon dann vorhanden sein soll, wenn der Richter angefangen hat zu hören. Vielleicht haben wir in dieser narratio negotii eine kurze Zusammenfassung dessen zu erblicken, was sich als Ergebnis der unter den Parteien gepflogenen Verhandlungen herausgestellt hatte. Der Beginn dieser Erzählung würde dann

bedeuten, daß sich die Parteien über das, was streitig, bereits klar geworden sind. Diese Vorstellung liegt um so näher, wenn wir den iudex unserer Stelle zu einem iudex pedaneus in Beziehung setzen.

Man hat wohl von einer Fiktion gesprochen, indem man das uidetur betonte: z. B. Schloßmann, Lit. Cont. S. 120, und neuerdings Sohm, Die litis contestatio in ihrer Entwicklung S. 5. Das folgt nicht mit Notwendigkeit aus dem uidetur. Denn uidetur bzw. uidetur esse ist häufig nur ein etwas vollerer Ausdruck für est. Nicht bloß bei Gajus: vgl. Rtsgel. Gajus S. 63. Auch sollte man meinen, daß die Kompilatoren, von denen vermutlich der ausgeschriebene Text herrührt, in der einzigen Stelle des Titels de litis contestatione uns keine Fiktion, sondern die nackte Wirklichkeit vorgeführt hätten.

Anders könnte es sich verhalten mit einer zweiten von Sohm herangezogenen Stelle, c. 10 C. Th. de diu. rescr. 1, 2 vom Jahre 396: Dubium non est contestationem intellegi etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae.

Allerdings dient intellegere ebenso wie uideri häufig nur zur bloßen Umschreibung. Hier scheint aber der Sachverhalt für eine fiktionsartige Auffassung zu sprechen. Die Einreichung der Bittschrift an den Kaiser soll in dem zur Frage stehenden Falle — Vererbung des Anspruches — als Litis contestatio wirken. Das ist eine Besonderheit des Reskriptsprozesses: vgl. darüber Savigny, System Bd. 1 S. 135. Diese Besonderheit würde für den gewöhnlichen Prozeß nur beweisen, daß es sich hier anders verhielt. Und dieses Anders könnte auch darin bestehen, daß die Litiscontestatio des gewöhnlichen Prozesses keine bloße Fiktion war.

Für den Begriff der narratio negotii dürfte ferner von Bedeutung sein eine Interpolation, auf welche Albertario, Z. R. G. Bd. 48 S. 305 flg. aufmerksam macht. Die lis contestata des klassischen Rechtes wird erläutert durch controuersia

mota. Nun kann aber von einem Ingangsetzen des Streites doch nicht eher die Rede sein, als der Beklagte sich hat vernehmen lassen. An Stellen werden beigebracht: Ulp. fr. 20 § 12 de her. pet. 5, 3 post motam controuersiam; fr. 25 § 7 ebenda post controuersiam motam; Pap. fr. 17 de his quae ut indignis 34, 9 ante motam scilicet controuersiam; fr. 18 pr. ebenda post motam de tacito fidei commisso controuersiam; Paul. fr. 41 ad leg. Falc. 35, 2 mota . . controuersia hereditatis; Gai. fr. 17 de her. pet. 5, 3 controuersia mota; Paul. fr. 4 § 2 si cui plus 35, 3 ante motam controuersiam; vorauf ging i. A. nondum illata controuersia. Sodann wird hingewiesen auf Ulp. fr. 6 § 2 de inoff. test. 5, 2 mouendam inofficiosi querellam wie Mod. fr. 20 de acc. 48, 2 accusatio mota.

Das Gesamtergebnis, zu dem ich gelangt bin, läßt sich demnach dahin fassen.

Die Litiscontestatio war von Haus aus eine Feststellung der Streitpunkte, eine Streitbefestigung, die vor Zeugen ererklärt wurde.

Diese Feststellung erfolgte später durch die Formula und ist enthalten in der Intentio.

Die Formula ist verschwunden, aber die Streitbefestigung tritt uns noch im Justinianschen Recht in der narratio negotii entgegen, die aktenmäßig gemacht sein wird.

So wäre denn die Litiscontestatio ihrem Wesen nach dasselbe geblieben, was sie von Anfang an war; nur die äußere Hülle hat gewechselt.

67. Deliktsobligationen. III, 182.

Als Deliktsobligationen werden uns vorgeführt: furtum facere, bona rapere, damnum dare, iniuriam committere. Davon gehören drei dem alten Zivilrecht an. Auf die Zwölftafeln gehen zurück furtum und iniuria: VIII, 15. 16; VIII, 4. Die Grundlage für die Sachbeschädigung bildete in späterer

Zeit die lex Aquilia vom Jahre 467/287. Wir wissen aber, daß auch schon die Zwölftafeln hierüber Bestimmungen hatten. Ulp. fr. 1 pr. ad leg. Aq. 9, 2: Lex Aquilia omnibus legibus, quae aute se de damno iniuria locutae sunt, derogauit, siue duodecim tabulis siue alia quae fuit. Vgl. VIII, 5 rupitias, oder wie nun statt dessen geschrieben werden mag. Das bona rapere ist prätorischen Ursprunges: siehe darüber Lenel, Ed.[1] S. 314 flg.; Ed.[2] S. 377 flg.

Es gab noch weitere Delikte außer den vieren, worauf uns schon das ueluti hinweist; insonderheit prätorische: so metus und dolus. Wenn hier bloß das bona rapere den drei zivilen Delikten angereiht wurde, so mag ausschlaggebend gewesen sein: daß jedes bona rapere zugleich ein furtum in sich begreift.

Die Viergliederung werden wir dem Grundstocke noch fernzuhalten haben. In dieser Beziehung erfordert der Schlußsatz indessen noch eine nähere Erörterung.

Goeschen hat das überlieferte constitit durch consistit ersetzt. Mir ist zweifelhaft, ob damit dem Verständnis der Stelle gedient war.

Ich übersetze: Bei allen diesen Dingen war die Obligation umfaßt durch einen einzigen Gattungsbegriff, während die Kontraktsobligationen auf vier Gattungen verteilt werden.

Es bezicht sich nämlich das omnium rerum auf die voraufgehenden vier Delikte, die bis dahin, nämlich III, 88, worauf verwiesen wird, durch einen Gattungsbegriff, das Delikt, zusammengefaßt waren, während daneben die Kontraktsobligationen in einer Viergliederung erscheinen. Eine solche Gliederung wird hier nun auch mit den Delikten vorgenommen. Das ist eine Neuerung, die der Grundstock vermutlich noch nicht kannte, die Vorlage des Gajus aber schon enthalten haben könnte.

Es liegt hier ferner eine Viergliederung vor, die eine Dreigliederung ablöste. Davon war schon die Rede Erkl. 2.

68. Furtorum genera. III, 183—188.

Den genera sind wir schon mehrfach begegnet. Gleich der voraufgehende § 182 beschäftigte sich mit genera obligationum. Mit den genera verknüpft sich der Anfang einer systematischen Wissenschaft. Von Quintus Mucius bemerkt Pomp. fr. 2 § 41 de or. iur. 1, 2: ius ciuile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo. Wir wissen von genera possessionum, die Q. Mucius entwickelte: Paul. fr. 3 § 23 de adq. poss. 41, 2. Ferner, daß er quinque genera tutelarum annahm: I, 188.

Dieselben Bahnen wandelte Servius Sulpicius. Wir sehen ihn seinen Vorgänger bekämpfen. Nach ihm soll es nur tria genera tutelarum geben: I, 188.

Dagegen spricht sich wieder Labeo aus, der sich mit duo genera tutelarum begnügte: I, 188.

Andere behaupteten tot genera tutelarum quot species: I, 188.

Dieser Streit um die genera ist aus den Zeiten der Republik überkommen und setzt sich unter dem Prinzipate fort. Er ergreift auch das furtum.

Alle diese die genera betreffenden Streitfragen haben wir wohl dem Grundstocke noch fernzuhalten.

1. Für vier genera furtorum sprachen sich aus Servius Sulpicius und Masurius Sabinus: manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum. Labeo will nur gelten lassen manifestum und nec manifestum. Ihm pflichtet Gajus bei.

In der Tat wird der Begriff furtum durch das manifestum und nec manifestum vollständig erschöpft. Das conceptum und oblatum sind bloße Begleiterscheinungen: species furto cohaerentes. Sie erzeugen zwar eine actio furti, die aber gar nicht gegen einen fur gerichtet ist: quamuis fur non sit. Es handelt sich hier also vielmehr um Unterarten der actio furti: species actionis esse furti.

2. Ferner bestand darüber Streit: wie furtum manifestum und nec manifestum voneinander abzugrenzen seien.

Fur ist abzuleiten von ferre. Fur ist demnach derjenige, welcher etwas fortträgt: Mommsen, Röm. Strafrt. S. 733 Anm. 1; Walde[2] S. 328. Furtum bedeutet sowohl das Weggetragene als die Wegtragung: Hitzig, Z. R. G. Bd. 36 S. 316.

Manifestus geht zurück auf manus und fendere: Mommsen, Röm. Strafrt. S. 750; Walde[2] S. 461: 'handgreiflich, auf der Tat ertappt, augenscheinlich'.

Ein furtum manifestum liegt demnach vor, wenn der Dieb auf der Tat ertappt wurde: quod dum fit deprehenditur.

Dies dehnte man weiter auf den Fall aus, wenn der Dieb an dem Orte ertappt wurde, wo er stahl: quod eo loco deprehenditur, ubi fit. Er stahl z. B. Oliven in einem Oelgarten, Weintrauben in einem Weinberg, und wurde dabei im Oelgarten bzw. Weinberg ertappt. Oder er stahl in einem Hause und wurde dort ertappt.

Eine von diesen beiden Ansichten wird gebilligt: alterutra adprobatur; von der letztern heißt es, daß sie die meisten Anhänger zähle: magis tamen plerique posteriorem probant.

Es fehlte aber auch nicht an solchen, welche diese Ansicht noch überboten.

Handhafter Diebstahl sollte es schon sein, wenn zu irgendeiner Zeit der Dieb mit der Sache gesehen wurde: quandoque eam rem fur tenens uisus fuerit. Diese Auffassung konnte sich indes nicht behaupten: quae sententia non optinuit.

Eine Einschränkung war es demgegenüber, wenn die Ansicht ihre Verteidiger fand, welche den handhaften Diebstahl ausschlossen, sobald der Dieb seinen Bestimmungsort erreicht hatte: donec perferret eo, quo fur destinasset.

Demgegenüber wurde darauf hingewiesen, daß häufig der Dieb in fremden Gemeinden stahl, quia saepe in aliis ciuitatibus surreptae res sunt: also lange Zeit vergehen konnte, bis er wieder an seinen Bestimmungsort gelangte.

Hierzu scheint sich ein Nachgajaner eine Bemerkung erlaubt zu haben: quod eo pertinet. Derselbe befindet sich aber auf einem etwas andern Standpunkte. Er hält Umschau nach einer Frist von einem oder mehreren Tagen, die man für ein solches manifestum furtum festzusetzen hätte.

Derselbe oder vielleicht ein anderer Nachgajaner fügt hinzu, daß hierbei nicht bloß Gemeinden, sondern sogar Provinzen in Betracht kämen.

3. Beim furtum conceptum haben wir furtum zunächst aufzufassen als 'das Gestohlene, die entwendete Sache', die von den Suchern gefunden wird bei jemand, der gar nicht der Dieb zu sein brauchte.

Aber dieser Dritte, bei dem die gestohlene Sache gefunden ist, haftet andererseits mit der furti concepti actio. Insofern erscheint seine Handlungsweise ebenfalls als ein furtum. So hätten wir denn neben dem eigentlichen furtum ein furtum in einem erweiterten Sinne anzunehmen.

Dieses furtum im erweiterten Sinne ordnet sich freilich nicht mehr unter einem furtum mit animus furis bzw. furandi; es wird noch hineinreichen in eine Zeit, wo sich der Deliktsbegriff schon begnügte mit dem äußern Hergang, ohne daß eine Schuld vorzuliegen brauchte. Vgl. Bd. 2 Abt. 1 S. 180.

4. Beim oblatum furtum haben wir zunächst ebenfalls an die gestohlene Sache zu denken, dann hat sich hier aber in gleicher Weise wie beim conceptum furtum ein furtum im weitern Sinne entwickelt.

Das offerre haben wir aber nicht von einem bloßen Anbieten zu verstehen. Es wird vielmehr erläutert durch ein dare. Dieses dare ist aber nicht lediglich ein gewöhnliches Einhändigen. Offere ist so viel wie 'zutragen'. Den Hauptfall wird das Verstecken abgegeben haben: siehe Heumann-Seckel bei offerre unter 3.

Vom oblatum furtum handelt gleichfalls Paul. sent. 2, 31 §§ 3. 5 = coll. 7, 5 §§ 4. 6. Was bei Gajus als Hauptfall erscheint, ist hier aber als einziger hingestellt.

Die Bezeichnung oblati actio scheint bei Gajus erst später hinzugefügt zu sein. Sie findet sich aber bereits bei Paulus.

5. Das prohibitum furtum wird erst vollständig nachgetragen und vermutlich dem § 192 entnommen sein. Denn bis dahin drehte sich der Streit nur darum: ob vier oder zwei genera furtorum anzunehmen seien, eine fünfte Gattung wurde noch nicht als möglich anerkannt.

Beim prohibitum furtum wurde verhindert eine Haussuchung, mithin ein conceptum furtum im weitern Sinne, und in gleicher Weise ist das prohibitum furtum zu verstehen.

69. Klagen aus dem furtum. III, 189—194.

Wir haben auseinanderzuhalten das Zwölftafelrecht und die spätere Umbildung durch das prätorische Edikt.

I. Schon die Zwölftafeln unterscheiden zwischen furtum manifestum und nec manifestum: VIII, 16.

1. Der fur manifestus war nach den Zwölftafeln dem Strafrechte verfallen: poena capitalis erat. Ein Sklave wurde gegeißelt und vom Felsen gestürzt; der Freie wurde dem Bestohlenen addiziert.

Gajus berichtet von einer Streitfrage: ob diese Addiktion den freien Dieb zu einem Sklaven gemacht, oder ihn nur in die Lage eines Verurteilten gebracht habe. Mommsen, Röm. Strafrt. S. 751 Anm. 2 und S. 946 Anm. 1 hält die strengere Meinung für die allein folgerichtige. Ihm tritt bei Hitzig, Z. R. G. Bd. 36 S. 323; Wlassak, ebenda Bd. 38 S. 99. Ich habe meine Bedenken.

Die ältesten Entstehungsgründe der Sklaverei sind: Kriegsgefangenschaft, Ueberlieferung von seiten des pater patratus an ein fremdes Volk und Verkauf in die Fremde: I. I. I, 3 de iure pers. § 4; Pomp. fr. 18 de legationibus 50, 7; Cic. pro Caecina 34 § 99; de oratore 1, 40 § 181. Die Geburt — I. I. I, 3 § 3 — setzt bereits andere Entstehungsgründe voraus, kommt also in erster Linie nicht in Betracht. Die drei sonstigen Entstehungsgründe haben alle ein inter-

nationales Gepräge. Die Gewalt, die ein fremdes Volk bzw. der Angehörige eines fremden Volkes über den Römer erhielt, machte ihn erst zum Sklaven.

Daß ein Römer in Rom blieb und Sklave eines früheren Mitbürgers wurde, ist für die alte Zeit ausgeschlossen. Der erste Fall dieser Art tritt uns entgegen im Digestentitel 40, 13 quibus ad libertatem proclamare non licet: ein Freier, über zwanzig Jahre alt, hat sich für einen Skaven ausgegeben und sich als Sklave verkaufen lassen, um nachher den Kaufpreis mit dem Verkäufer zu teilen. Vgl. über diesen Fall Zimmern, Gesch. des röm. Privatrts. Bd. 1 S. 726 flg.

So wenig wie die Addiktio eines iudicatus ihn zu einem Sklaven seines Gläubigers machte, so wenig wird diese Wirkung eingetreten sein bei der Addiktio eines fur manifestus. Möglich freilich, daß der Bestohlene wie der Gläubiger des iudicatus ein Verkaufsrecht hatte.

Die Streitfrage wird erst aufgekommen sein, seit es möglich war, daß ein Römer Sklave seines früheren Mitbürgers werden konnte. Auch scheint es sich hierbei mehr um eine müßige Spielerei zu handeln, als daß die Frage von praktischer Bedeutung gewesen wäre.

Ausschlaggebend ist in keiner Weise Gell. n. a. 20, 1 § 7: in seruitutem tradit. Die Ausdrucksweise kann sich ebensogut auf tatsächlichen Sklavendienst beziehen: vgl. z. B. das in seruitutem bei Varro l. l. 7, 5 § 105.

2. Das furtum manifestum hat schon in den Zwölftafeln eine Erweiterung seines ursprünglichen Inhalts erfahren. Ein furtum manifestum wurde auch dann angenommen, wenn eine regelrechte Haussuchung erfolgreich war. Der Bestohlene hatte nackt, bloß mit einem Schurz gegürtet und mit einer Schüssel versehen, zu erscheinen: per licium et lancem. Ursprünglich mußte es eine irdene Schüssel sein, wie wir ersehen aus Turiner Institutionenglosse 466: discum fictile in capite portans. Das weist hin auf eine alte sakrale Grundlage: 'daß der die Schwelle Ueberschreitende den Göttern des Hauses von hochgetragenem

Fictilteller eine Libation ausgießt'. So Leist, G. J. R. S. 249. Im Gegensatz zum discum fictile heißt es III, 193: non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri.

Die Sache liegt demnach so. Eine gewöhnliche Haussuchung konnte sich jeder Hausbesitzer verbitten. Diese mußte er sich gefallen lassen. Setzte sich ein Hausbesitzer auch einem Suchenden gegenüber zur Wehr, der mit Schurz und Schüssel erschienen war, so wird der Prätor mit seinen Machtmitteln eingegriffen haben.

Diese Haussuchung stammt wahrscheinlich aus der Urzeit der indogermanischen Völker. Wir finden sie auch bei den Griechen, Germanen, Slaven, Kelten, nicht minder den nordischen Völkern. Den Schurz vertrat in Norwegen das Hemd. Vgl. Jhering, Geist Bd. 2[3] S. 159; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 778.

Der Kern des Ganzen ist nach Leist: 'daß der Bestohlene friedlich über die Schwelle treten will', vor allen Dingen unbewaffnet.

Hitzig a. a. O. S. 329 hält es für nicht wahrscheinlich, 'daß bereits in dieser Zeit zwei Haussuchungsinstitute bestanden'. Ein Haussuchungsinstitut in dem Sinne, daß die Zwölftafeln besondere Voraussetzungen vorgeschrieben hätten, ist die gewöhnliche Haussuchung nach meinem Dafürhalten auch gar nicht gewesen. Aber die gewöhnliche Haussuchung wird von jeher vorgekommen sein, ist sogar älter als die förmliche Haussuchung und schwerlich durch die förmliche Haussuchung ganz verdrängt worden. Ebensowenig ist ausgeschlossen, daß die gewöhnliche Haussuchung von Erfolg begleitet war.

Die förmliche Haussuchung hat sich beim entlaufenen Sklaven noch unter den Kaisern erhalten und wird uns anschaulich geschildert von Petronius sat. 97. 98.

Der suchende Ascyltos erscheint mit einer Schüssel, an die Stelle des Schurzes ist ein buntes Unterkleid getreten. Er kommt aber nicht allein, sondern in Begleitung eines Ausrufers, der eine Fackel schüttelt, und eines Gemeindesklaven. Intrat

stabulum praeco cum seruo publico aliaque sane modica frequentia, facemque fumosam magis quam lucidam quassans haec proclamauit: 'puer in balneo paulo ante aberrauit, annorum circa XVI, crispus, mollis, formosus, nomine Giton. si quis eum reddere aut commonstrare uoluerit, accipiet nummos mille. nec longe a praecone Ascyltos stabat amictus discoloria ueste atque in lance argentea indicium et fidem praeferebat. Unter dem indicium et fidem haben wir wohl ein Schriftstück zu verstehen, das die ausgerufenen Worte enthielt: so verbürgte sich der Suchende gewissermaßen für die vom Ausrufer verheißene Belohnung. Mommsen, Röm. Strafrt. S. 749 Anm. 1 bezieht indicium auf die ausgesetzte Belohnung und denkt bei fides an eine 'Pönalcaution, durch die er dem Anzeiger sich zum Geheimhalten verpflichtet'.

Das Suchen beginnt. Der Gemeindesklave lockert mit einem Beile die Verschlüsse. Interim Ascyltos ut pererrauit omnes cum uiatore cellas, uenit ad meam; et hoc quidem pleniorem spem concepit, quo diligentius oppessulatas inuenit fores. publicus uero seruus insertans commissuris secures claustrorum firmitatem laxauit . . Ascyltos . . nihil aliud quam fugitiuum suum dixit quaerere . . at non seruus publicus tam languide agit, sed raptam cauponi harundinem subter lectum mittit omniaque etiam foramina parietum scrutatur.

Und daß noch später den Suchenden in ausgiebiger Weise die Hilfe der Magistrate zuteil wurde, ersehen wir deutlich aus Ulp. fr. 1 § 2 fr. 3 de fugitiuis 11, 4.

Die Bemerkungen, welche uns in § 193 über diese alte Haussuchung entgegentreten, sind zum Teil recht abgeschmackt: vgl. schon Lotmar, Kritische Studien S. 12. Mir ist aber fraglich, ob wir Gajus selber dafür verantwortlich machen dürfen. Allerdings kann einem Nackten der Zugang so gut wie einem Bekleideten verwehrt werden: wohl noch leichter. Aber wer in dieser Weise die Haussuchung vornahm, von dem

wußte jeder, daß er durch die Machtmittel des Prätors gedeckt war.

3. Wegen furtum nec manifestum gewährten die Zwölftafeln eine Klage aufs Doppelte.

4. Leugnete jemand den Diebstahl, es wurde aber die Sache infolge gewöhnlicher Haussuchung bei ihm gefunden: so hatte der Bestohlene die Klage des gefaßten Diebsgutes, furti concepti, aufs Dreifache.

5. War diesem die Sache von einem andern zugetragen, so konnte er sich am Zuträger erholen mittels der actio furti oblati, die ebenfalls aufs Dreifache ging.

Nach Hitzig S. 331 sollen die actio furti concepti und oblati zwar vor dem prätorischen Edikt, aber nach den Zwölftafeln entstanden sein. Diese Ansicht setzt sich in Widerspruch mit Gai. III, 191. Ich glaube aber nicht, daß wir nötig haben, uns über Gajus hinwegzusetzen, insonderheit halte ich die von Hitzig beigebrachten Gründe nicht für stichhaltig.

II. Das prätorische Edikt.

1. Dasselbe hat beibehalten die actio furti nec manifesti aufs Doppelte: eamque etiam praetor conseruat.

2. Was die beiden andern Klagen aufs Dreifache anbetrifft, so ist die Ausdrucksweise eine wesentlich andere. Habe ich den Text richtig behandelt, so gilt die Strafe des Dreifachen nur noch so weit, als sie vom Prätor in gleicher Weise zugelassen ist.

Er wird sie also nicht immer gewährt, sondern unter Umständen eine geringere Strafe haben eintreten lassen. Das qua erinnert an das duplo tenus bei Paul. sent. 2, 17 § 3. Dabei taucht die Frage auf: wie sich der Prätor zur gewöhnlichen Haussuchung stellte.

Daß diese in Gegenwart von Zeugen vorgenommen werden müsse, um die actio furti concepti zu begründen: mag erst der Prätor ausdrücklich vorgeschrieben haben. Vgl. Ulp. libro trigesimo septimo ad edictum fr. 12 de testibus 22, 5.

3. Neu ist vom Prätor eingeführt die actio furti manifesti aufs Vierfache. Und diese Klage wird bewirkt haben, daß das alte strafrechtliche Verfahren allmählich aufhörte.

4. Ferner ist vom Prätor hinzugefügt die actio furti prohibiti ebenfalls aufs Vierfache. In dieser Beziehung ist wiederum zu achten auf die Ausdrucksweise.

Die prohibiti actio ist eingeführt ex edicto praetoris, in Gemäßheit eines Ediktes, also wohl nicht durch ein eignes Edikt; sie könnte sich demnach angelehnt haben dem Edikt betreffend das manifestum furtum. Hier heißt es III, 189: quadrupli actio praetoris edicto constituta est. Lenel, Ed.[1] S. 258, Ed.[2] S. 312 läßt es dahingestellt sein, sowohl für die Formel wegen furtum manifestum wie prohibitum, ob es daneben ein eignes Edikt gab. Es genügte schon die Verweigerung der gewöhnlichen Haussuchung, um den Angegangenen in demselben Umfange wie einen fur manifestus im Sinne des prätorischen Ediktes verantwortlich zu machen. Die alte feierliche Haussuchung war zu diesem Zwecke gar nicht mehr erforderlich. Das mag zum Verschwinden der alten feierlichen Haussuchung mitbeigetragen haben.

Aber wir finden sie doch noch beim entlaufenen Sklaven in der Kaiserzeit. Also wird in diesem Falle wohl keine actio furti prohibiti zulässig gewesen sein, wenn nur die gewöhnliche Haussuchung in Frage stand.

Der entlaufene Sklave wird im allgemeinen als res furtiua behandelt. Insonderheit ist Hehler, wer einen entlaufenen Sklaven bei sich verbirgt. Ulp. fr. 1 pr. de fug. 11, 4: Is qui fugitiuum celauit fur est. Also wird die actio furti concepti gegen ihn zugestanden haben. Und wer die gewöhnliche Haussuchung verweigerte, mußte sich die altertümliche feierliche gefallen lassen.

Auch in anderer Beziehung hat man die rechtliche Lage des entlaufenen Sklaven verschieden aufgefaßt. Dies tritt uns deutlich beim Besitz entgegen. So nahmen Nerva und Pomponius an, daß der Besitz eines Sklaven aufhöre, der flüchtig

geworden war. Dagegen trat Julian für Fortdauer des Besitzes an flüchtigen Sklaven ein: siehe Vacua possessio Bd. 1 S. 145 flg.

6. Außerdem gedenken I. I. IV, 1 § 4 noch einer sechsten Klage: praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti aduersus eum, qui furtiuam rem apud se quaesitam et inuentam non exhibuit.

Allerdings hatte derjenige, welcher die Sache gefunden, die actio furti concepti aufs Dreifache. Aber damit bekam er seine Sache nicht wieder. Vielleicht war ihm aber gerade um die Sache zu tun. Der Zweck der actio furti non exhibiti scheint gewesen zu sein, den Dieb durch Strafandrohung mürbe zu machen, so daß er die Sache herausgab. Bei fortgesetzter Weigerung hätte die Klage ja stets wiederholt werden können. Vgl. über diese Klage Demelius, Exhibitionspflicht § 46.

Dann ist ein anderer Punkt bemerkenswert. Gajus erwähnt diese Klage noch nicht, obwohl wir doch annehmen müssen, daß sie bereits im Hadrianschen Edikt ihren Platz gefunden hatte: siehe Lenel, Ed.[1] S. 258; Ed.[2] S. 312.

Die einfachste Erklärung ist folgende. Die Nichtberücksichtigung der actio furti non exhibiti geht auf die von Gajus benutzte Vorlage zurück. Diese Vorlage wird zu einer Zeit entstanden sein, wo es noch keine actio furti non exhibiti gab; und Gajus hielt es nicht der Mühe für wert, diese Klage nachzutragen.

Es liegt hier also vor eine Nichtberücksichtigung des Hadrianschen Ediktes, worauf ich schon hinwies Rechtsgel. Gajus S. 133.

7. Bereits Erkl. 68 unter 5 machte ich darauf aufmerksam: daß die actio furti prohibiti bei den vier genera, welche Servius Sulpicius und Masurius Sabinus annahmen, noch keine Berücksichtigung gefunden hatte. Also wird es diese Klage damals noch nicht gegeben haben.

So bietet sich uns denn für das prätorische Klagensystem

folgende Entwicklung dar. Vier Klagen sind dem Servius Sulpicius bereits bekannt. Die actio furti prohibiti ist jünger als Masurius Sabinus. Zuletzt hat sich angeschlossen die actio furti non exhibiti.

8. Zu berücksichtigen wäre noch Lex Rom. Burg. 12, 2: Quod si aut colonus aut seruus taliter querentem prohibuerit, fustuario supplicio a iudicibus eius praesumptio uiudicetur, et ab his res perdite simplo soluantur, secundum speciem Gai, qui hoc de prohibitis statuit.

Meines Erachtens verhält es sich mit dieser species Gai ebenso wie mit der regula Gai 5, 1 und 10, 1. Der Fall, die species, wird nachgetragen sein und seinen Platz vielleicht hinter III, 192 oder 194 gefunden haben. Ich vermag auch nicht einzusehen, weshalb diese species an eine verkehrte Stelle geraten sein soll, wie von Salis mit Barkow annimmt.

Gajus beschränkt sich auf die Bemerkung: Prohibiti actio quadrupli est. In der Praxis bei den Burgundionen hatte sich die Sache aber etwas anders gestaltet, wenn die Haussuchung von einem colonus oder Sklaven verhindert war. In diesem Falle sollte das Vergehen, praesumptio, mit Prügelstrafe, fustuario supplicio, geahndet werden.

Vgl. über diese nachgajanischen Zutaten schon Rechtsgel. Gaj. S. 36. 37 und Bd. 3 Abt. 1 S. 49. Ich werde auf die Sache noch einmal, Erklärung 101, bei Gelegenheit von Lex Romana Burgundionum 5, 1 zurückkommen.

70. Furtum usus. III, 195—198.

Das bisher betrachtete furtum rei wird älter sein als das furtum usus: Ihering, Geist Bd. 2[3] S. 434; Ubbelohde, Benannte Realkontrakte S. 36. Ob in dem Sinne, wie Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 308 meint, 'insofern als die frühere Zeit noch nicht zu unterscheiden verstand': mag dahingestellt bleiben.

1. Aber so ganz jung ist das furtum usus doch auch nicht. Es tritt uns schon entgegen bei Brutus, dem Zeitgenossen

des Manilius, der 605/149 Konsul war. Gell. n. a. 6, 15 § 1: Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et seuera iudicia de furtis habita esse apud ueteres scripsit, idque Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse, qui iumentum aliorsum duxerat quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat quam in quem locum petierat. Das et furti damnatum esse hängt wohl ab von dicere: daß auch wegen Diebstahls verurteilt sei.

2. Dem utendum accipere entspricht ein utendum dare, vorauf kann gehen ein utendum rogare. Vgl. Cato de agri cultura 5, 3: duas aut tres familias habeat, unde utenda roget et quibus det, praeterea nemini. Sonstige Stellen bei M. Voigt, Ius naturale Bd. 3 S. 969. Statt utendum dare sagt man auch commodare, ferner begegnet man einem commodatum accipere wie rogare.

3. Das spätere Edikt lautete: Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo. Das dicetur weist auf die jüngste Ediktsepoche hin: siehe Dernburg, Festgabe für Heffter S. 103. 125. Es wird aber einmal ein Edikt gegeben haben, das statt commodare sich des Ausdruckes utendum dare bediente.

In dieser Beziehung ist bemerkenswert Ulp. fr. 1 § 1 comm. 13, 6: unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Pacunius utendi fecit mentionem; inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem.

Hiernach hat sich allerdings Julian, qui edictum concepit, des Ausdruckes commodare bedient, aber ein älterer Schriftsteller, vielleicht ein Ediktskommentator, hatte noch utendum vorgefunden. Als Name ist hier Pacunius überliefert; bei Paulus fr. 3 pr. si a pare. 37, 12 begegnen wir einem Paconius. Beide Bezeichnungen werden auf dieselbe Person gehen. Dieses utendum dürfte aber schon zu Labeos Zeit dem commodare Platz gemacht haben, da dieser Wechsel im

Ausdruck für ihn anscheinend die Veranlassung wurde, beide Begriffe gegeneinander abzuwägen. Also wird der ältere Schriftsteller schon vor Labeo zu setzen sein. Dies würde passen auf den Vater Pacuuius Labeo, für den hier auch eintritt Bremer, Iurispr. Antehadr. I pag. 271; ebenso Kipp, Quellen[3] S. 121. Nach Paul Krüger, Quellen[2] S. 73 Anm. 69 sind aber beide auseinanderzuhalten.

Sonstige Stellen für das furtum usus beim Kommodate sind: Val. Max. 8, 2 § 4; Pomp. ad. Q. Mucium fr. 77 pr. de furt. 47, 2 und fr. 16 de cond. furt. 13, 1; Ulp. Namusa fr. 5 § 7 comm. 13, 6; Ulp. Iul. fr. 5 § 8 comm. 13, 6; Gai. fr. 55 § 1 de furt. 47, 2; Paul. fr. 40 ebenda.

4. Q. Mucius Scaeuola fügte als Gegenstand des furtum usus hinzu quod cui seruandum datum est: Gell. n. a. 6, 15 § 2. Bei Pomp. ad Q. Mucium fr. 77 pr. de furt. 47, 2 und fr. 16 de cond. furt. 13, 1 ist statt dessen neben re commodata von re deposita die Rede. Auch Gajus III, 196 beschränkt sich auf Kommodat und Depositum.

Andererseits bringt Gai. ad ed. prou. fr. 55 pr. de furt. 47, 2 doch auch schon das pignus. Und ebenso haben wir I. I. IV, 1 § 6 die Dreigliederung pignus, res deposita, rem utendam accipere.

Bei Ulp. fr. 48 § 4 de furt. 47, 2 stoßen wir auf den fullo, daneben berücksichtigt den sarcinator Paul. fr. 83 pr. ebenda.

5. Allem Anscheine nach hat das furtum usus seinen Ausgang genommen vom utendum accipere und wird wohl erst der Zeit des Brutus angehören. Beachtenswert Cato de agri cultura 145, 2: oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa. Hier bildet furari noch einen Gegensatz zum rechtswidrigen uti einer anvertrauten Sache, das in diesem Falle sogar ein Aufgebrauchen war. Das depositum bzw. seruandum dare ist, soweit wir sehen, dem furtum usus erst später zugänglich geworden. Hier scheint kein so großes Bedürfnis obgewaltet zu haben, da uns ex causa depositi bereits

in den Zwölftafeln eine in duplum actio entgegentritt: Paul. coll. 10, 7 § 11.

Dagegen beim Kommodate sind wir zunächst beschränkt auf die rei uindicatio des Eigentümers, die nach Untergang der Sache versagte. Ebensowenig ist zu denken an Kontraktsklagen; noch der Grundstock III, 90. 91 kennt nur die beiden Realkontrakte mutuum und non debitum per errorem datum. Gajus hat hieran nur insofern geändert, als er die Zahlung einer Nichtschuld zurückweist: siehe Erkl. 6.

6. Das furtum usus hat beim Kommodate dem Kontraktsgedanken erst vorgearbeitet, enthält ihn genau genommen schon. Denn wenn ich jemand eine Sache zu einem bestimmten Zwecke leihe, er benutzt sie aber in anderer Weise, so ist das in Wahrheit eine Vertragsverletzung. Diese Vorstellung kam aber den Römern zunächst noch nicht zum Bewußtsein. Q. Mucius Scaeuola bei Gell. n. a. 6, 15 § 2 beruhigt sich bei einem furti se obligauit; und noch bei Gai. III, 196 heißt es furti obligatur.

Ein Analogon bietet dar die Klage aus dem zweiten Kapitel der lex Aquilia: III, 215. Denn wenn ein adstipulator, statt das Geld einzuziehen und abzuliefern, die Schuld erläßt, oder das eingezogene Geld für sich behält: so handelt er auftragswidrig. Es gab aber damals noch keine Mandatsklage, man schafft daher eine besondere Klage auf quanti ea res esset. Vgl. Erkl. 25 unter 5.

7. Seit wann es eine Kontraktsklage aus dem Kommodate gab, darüber gehen die Ansichten auseinander. Es kommt vor allem in Betracht Ulp. fr. 5 § 3 comm. 13, 6: uerior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 307 erblickt in dieser Stelle den unumstößlichen Beweis, daß Q. Mucius bereits einen contractus und eine actio commodati gekannt habe. Anderer

Meinung Ubbelohde, Realkontr. S. 63. 64; M. Voigt, Ius nat. Bd. 3 S. 321; Oertmann, Fiducia S. 143. Freilich scheinen mir diese Schriftsteller dem Ausspruche des Q. Mucius nicht gerecht zu werden. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 430 legt zwar großes Gewicht auf diese Stelle, es soll sich aber aus der Haftung für Culpa die Anerkennung der Vertragsnatur nicht ohne weiteres ergeben.

8. Wir müssen den römischen Formalismus mit zu Rate ziehen, und deshalb halte ich die fragliche Stelle an sich auch noch nicht für beweisend.

Es gab nach Gai. IV, 47 zwei commodati formulae, eine in ius und eine in factum concepta. Ich halte mit Keller, Röm. Zivilproz.[6] S. 162 die in factum concepta für die ältere. Derselben Ansicht ist Pernice, Labeo Bd. 2[2] Abt. 2 S. 154; anderer Meinung freilich Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 1315.

Die formula in factum concepta lautete nach Lenel, Ed.[1] S. 200; Ed.[2] S. 245: S. p. A^m A^m N^o N^o rem q. d. a. commodasse eamque A^o A^o redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam et rel. Für die ältere Zeit werden wir das commodasse durch utendam datam esse zu ersetzen haben. Karlowa a. a. O. S. 1314 schiebt hinter eamque noch dolo malo ein; Ubbelohde a. a. O. S. 64 gar culpa. Dies letztere ist nun jedenfalls verkehrt, denn die Entwicklung der culpa erfolgte durch das officium iudicis.

Eine solche formula in factum concepta reicht vollständig aus, um sich den Ausspruch des Quintus Mucius zu erklären. Damit haben wir aber noch nicht einen Kontrakt im römischen Sinne, den wir wohl erst als gegeben annehmen dürfen mit der formula in ius concepta.

9. Vor dieser formula in ius concepta wird der römische Standpunkt den drei benannten auf Rückgabe derselben Spezies gerichteten Realkontrakten gegenüber derselbe gewesen sein wie noch später dem sogenannten Innominatkontrakte gegenüber.

Wir pflegen heutzutage von Innominatrealkontrakten zu

sprechen. Das ist keine römische Auffassung. Zunächst hat sich hier die condictio ob causam datorum erhalten. Andererseits begegnen wir zwei wissenschaftlichen Strömungen. Die einen gewährten eine in factum actio. Aber auch diejenigen, welche für das συνάλλαγμα eintraten und demzufolge die Klage mit Präscriptio befürworteten, haben damit diese Obligationen noch nicht dem Kontraktsysteme einverleibt. Vgl. Präscriptio und Pactum S. 82. 83.

10. Diesem allem zufolge hätte das furtum usus seinen Ausgang genommen vom utendum accipere und wird wohl erst der Zeit des Brutus angehören. Q. Mucius Scävola hat hinzugefügt das seruandum datum.

Das utendum accipere ist abgelöst worden vom Kommodat und das seruandum datum vom Depositum.

Auf diese beiden Fälle beschränkt sich noch die Vorlage des Gajus, und Gajus selber ist hier ebenfalls dabei stehen geblieben, obwohl er in seinem Kommentare zum Provinzialedikt als drittes Glied bereits das pignus kennt.

Das furtum usus hat dem Kontraktsgedanken vorgearbeitet, enthält ihn genau genommen schon; aber vorläufig begnügt man sich mit dem Deliktsstandpunkt.

Beim Kommodat sowohl wie beim Depositum stoßen wir IV, 47 auf Doppelklagen, die uns später noch näher beschäftigen müssen. Der Kontraktsgedanke dürfte sich erst mit der formula in ius concepta voll herausgearbeitet haben.

Wie beim furtum usus beschränkte sich die Vorlage des Gajus auch bei diesem doppelten Formalismus auf Kommodat und Depositum, während das Julianische Edikt diesen doppelten Formalismus beim pignus doch ebenfalls kannte: vgl. Lenel, Ed.[1] S. 201; Ed.[2] S. 247.

Diese Vorlage wird demnach zu einer Zeit entstanden sein, wo das pignus sich nach dieser Richtung noch nicht entwickelt hatte. Gajus beschränkte sich aber hier wie anderswo in seinem Lehrbuche auf das vorjulianische Edikt. Vgl. im allgemeinen Rechtsgel. Gaj. S. 132 flg. und nachträglich Bd. 1 S. 315

zu I, 200; Bd. 2 Abt. 2 S. 226 zu II, 137; Bd. 2 Abt. 2 S. 236 zu II, 147; Bd. 2 Abt. 2 S. 244 zu II, 149; Bd. 3 Abt. 1 S. 91 zu III, 41.

71. Ein nachgajanisches Beispiel. III, 198a.

Titius hat meinen Sklaven angestiftet, mir Sachen zu entwenden und ihm hinzubringen. Der Sklave setzt mich davon in Kenntnis. Ich, um den Titius abzufassen, erlaube dem Sklaven, ihm Sachen hinzubringen.

1. Das Beispiel findet sich noch nicht bei den klassischen römischen Rechtsgelehrten, jedenfalls ist es uns bei ihnen nicht überliefert. Justinian hat ihm aber in c. 20 de furtis 6. 2 vom Jahre 530 eine eigene Konstitution gewidmet, um die entstandenen Streitfragen zu schlichten. Und wenn es hier heißt ueteres dubitauerunt, so werden wir unter den ueteres sehr wohl nachklassische Rechtsgelehrte verstehen können.

Der Inhalt dieser Konstitution wird auch wiedergegeben I. I. IV, 1 § 8.

Während in unserm Lehrbuche sowohl actio furti wie servi corrupti abgelehnt werden, sieht Justinian die Sache wesentlich anders an: er gibt beiden Raum.

2. Unsere ganz besondere Beachtung verdient das zweimalige quaesitum est wie das responsum. Was ist darunter zu verstehen?

Es gibt ein zweifaches Respondieren: ein mehr theoretisches und ein mehr praktisches. Vgl. Bremer, Rechtslehrer S. 19; Mommsen, Z.R.G. Bd. 9 S. 95 = Ges. Schr. Bd. 2 S. 18; Paul Krüger, Quellen[2] S. 145. Die theoretischen Gutachten beruhten auf dem Unterrichte. Es wurden quaestiones aufgeworfen und darüber disputiert. Aus dieser Art des Unterrichtens sind verschiedene Werke hervorgegangen unter dem Titel quaestiones oder disputationes.

Allem Anschein nach handelt es sich hier nicht um einen wirklichen Rechtsfall, der entschieden werden soll, sondern vielmehr um ein Schulbeispiel, worüber disputiert worden.

3. Daneben deutet manches hin auf nachgajanischen Ursprung.

Der Zusammenhang mit dem Voraufgehenden ist ziemlich lose. Einer Erörterung über das furtum usus wird ein Fall angereiht, der sich mit der Anstiftung beschäftigt.

Die Darstellung ist etwas nachlässig gehalten und hat durch I. I. mancherlei Verbesserungen erfahren.

Wir begegnen ungewöhnlichen Abkürzungen: $\overline{sr}$. = seruum; $\overline{q}$e = quaesitum est.

Zu beachten ist auch die Ellipse von est neben responsum.

Einem ähnlichen responsum werden wir noch IV, 11 begegnen.

Aus den mancherlei Fehlern möchte man schließen, daß dieses Beispiel später beim Unterricht überschlagen wurde. Sollte hieran schuld sein, daß sich im Laufe der Zeit eine andere Auffassung geltend machte, die schließlich Justinian zu einem gesetzgeberischen Eingreifen veranlaßte? Bei Theoph. IV, 1 § 8 wird dann wieder dieser Rechtsfall in behaglicher Breite erörtert.

72. Furtum liberorum hominum. III, 199.

Das furtum liberorum hominum tritt uns nur in wenigen Stellen entgegen. Außer der Parallelstelle I. I. IV, 1 § 9 kommen nur noch in Betracht:

Ulp. ad Sab. fr. 14 § 13 de furtis 47, 2. Si filius familias subreptus sit, patrem habere furti actionem palam est.

Paulus ad Sab. fr. 38 ebenda. Mater filii subrepti furti actionem non habet. § 1 Liberarum personarum nomine, licet furti actio sit, condictio tamen nusquam est.

I. Es handelt sich um eine verhältnismäßig junge Rechtsbildung, die dem Grundstocke wohl noch fernzuhalten. Denn Eigentum steht ja gar nicht in Frage, und deshalb ist auch die condictio furtiua ausgeschlossen.

Ueber den Gegenstand dieser actio furti, den etwa abzuschätzenden bzw. feststehenden Betrag, sind wir nicht näher

unterrichtet. Der gestohlene Freie kann es kaum gewesen sein. Wenigstens widerspräche dem Ulp. fr. 1 § 5 de his qui eff. 9, 3: quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest. Vielleicht handelt es sich einfach um einen Anspruch auf Schadensersatz, der vor allen Dingen auf entgangenen Gewinn gerichtet war.

Betrachten wir uns die einzelnen Fälle etwas näher.

1. Bei den Kindern gewährt den Anspruch die väterliche Gewalt. Die uxor in manu wird später eingeschoben sein. Die Mutter als Fordernde kommt nicht in Betracht. Der Grund könnte der sein: weil die Kinder für die Mutter nicht erwerben.

Man hat diesen Ausfluß der väterlichen Gewalt mit einer ältern Rechtsanschauung in Verbindung gebracht, welche dem Vater die Eigentumsklage wegen gewaltunterworfener Kinder gestattet habe. Mommsen, Röm. Strafrt. S. 739 Anm. 3 spricht in dieser Beziehung von einer Ausgleichung. Dabei wird gedacht sein an Ulp. fr. 1 § 2 de rei uind. 6, 1. Aber das hier entwickelte adiecta causa uindicare ist eine recht junge Rechtsbildung: siehe Bd. 1 S. 232.

2. Vom auctoratus war in anderer Beziehung schon die Rede Erkl. 43. Der Fechtmeister erwarb nicht bloß Sklaven, sondern auch Freie, die er zu Gladiatoren heranbildete. Wurde ihm ein solcher auctoratus gestohlen, so kam als Schaden nicht bloß der Preis in Betracht, für den er erworben hatte, sondern auch der entgangene Gewinn, den ein Gladiatorenlieferungsvertrag abgeworfen hätte.

3. Unter dem iudicatus haben wir einen Verurteilten zu verstehen, der seinem Gläubiger zugesprochen war und sich in Schuldhaft befand. Der Vermögenswert eines solchen bestand, seit ein Verkauf in die Fremde nicht mehr stattfand, lediglich in seiner Arbeitskraft. Also auch hier steht entgangener Gewinn in Frage.

Es ist freilich streitig, ob der Schuldknecht zur Arbeit angehalten werden konnte. Bethmann-Hollweg, Röm. Zivil-

prozeß Bd. 1 S. 199 bejaht dies zwar für die ältere Zeit, nimmt es aber Bd. 2 S. 665 für die spätere Zeit in Abrede. Wenn es aber z. B. bei Quintil. I. O. 7, 3 § 26 vom addictus heißt, quem lex seruire donec soluerit iubet, so ist dies seruire iubet doch kaum anders zu verstehen, als daß ein solcher zu Sklavenarbeit angehalten werden konnte.

II. Da die actio furti wegen freier Menschen uns sowohl bei Ulpian wie Paulus gerade in deren Sabinuskommentaren entgegentritt, so wäre nicht ausgeschlossen, daß bereits Sabinus die Ausdehnung dieser Klage auf freie Menschen gebilligt hätte.

1. Man könnte versucht sein, diesen Anwendungsfall der actio furti in Verbindung zu bringen mit dem Satze III, 203: furti actio ei conpetit, cuius interest rem saluam esse. Von Gajus ist das nicht geschehen, und Mommsen hat sich ebenfalls gegen eine derartige Verquickung ausgesprochen. Es heißt bei ihm a. a. O.: 'Die Diebstahlsklage ist nur zulässig an im Eigentum stehenden Gegenständen, und wo das Eigentum ausgeschlossen ist, kann es durch das Interesse nicht ersetzt werden'.

2. Ein eigenartiger Fall bleibt es immerhin. Nicht bloß, weil wir es hier gar nicht mit Sachen zu tun haben, sondern auch vom Gesichtspunkte des Interesse aus. Denn das Interesse, das hier in Frage steht, ist in erster Linie entgangener Gewinn, den man sonst bei der actio furti nicht für ausreichend gehalten hat. Vgl. Iauolenus fr. 72 § 1 de furt. 47, 2: interesse autem eius uidetur qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset und dazu Bruckner, Custodia S. 100; Pomp. fr. 77 § 1 ebenda: non magis enim tunc eius esse intellegitur, qui lucrum facturus sit.

73. Suae rei furtum. III, 200. 200a.

Dem suae rei furtum scheint sich in den Weg zu stellen Paul. sent. 2, 31 § 21: rei enim nostrae furtum facere non possumus.

Andererseits wird aber doch in dieser Beziehung die Schädigung eines andern anerkannt. Wer seine eigene Sache stiehlt,

haftet mit der actio furti, sofern er einem andern Schaden zufügt. Paul. sent. 2, 31 § 36: Qui rem suam furatur, ita demum furti actione non tenetur, si alteri ex hoc non noceatur.

1. Als Beispiel eines furtum an eigener Sache wird uns von Gajus zunächst der Fall vorgeführt, wenn der Schuldner dem Gläubiger die verpfändete Sache entwendet hat. Dies ist vielleicht der älteste Fall in seiner Art. Jedenfalls ist er dem Labeo schon bekannt: Pomp. fr. 3 de pign. act. 13, 7 (L. 652). Nicht minder dem Sabinus und Cassius: Ulp. fr. 36 pr. de pign. act. 13, 7 (L. 386); Paul. fr. 4 § 21 de usurp. 41, 3. Er könnte aber schon höher hinaufreichen, vielleicht schon dem Grundstocke angehören.

Weitere Stellen sind: I. I. IV, 1 § 10; Ulp. Iul. fr. 12 § 2; fr. 19 § 6 de furtis 47, 2; Ulp. fr. 19 § 5 ebenda; Paul. Iul. fr. 67 pr. ebenda; Paul. fr. 49 de usurp. 41, 3; fr. 20 pr. fr. 88 de furt. 47, 2.

Eigenartig ist allerdings die Bezeichnung suae rei furtum. Es steht ein Fall in Frage, wo es sich nicht um Eigentum, sondern ein sonstiges Recht handelt. Dieses Recht tritt auf diese Weise gar nicht hervor. Sachgemäßer wäre schon der Ausdruck furtum possessionis, dessen sich Paulus fr. 1 § 3 de furtis 47, 2 bedient: aber er spiegelt mehr wieder den Zustand einer früheren Zeit.

In einer Beziehung ist ja auch die Bezeichnung suae rei furtum nicht unrichtig. Bis dahin gab es nur ein alienae rei furtum. Das paßt hier nicht. Also sagt man suae rei furtum. Nun ist aber klar, daß man sein eigenes Eigentum nicht stehlen kann. Worum handelt es sich denn eigentlich? Wo ein Schaden angerichtet wird, muß doch auch ein Recht verletzt sein. Darüber sagt das suae rei furtum nichts aus: es ist mehr ein negativer Begriff.

Betrachten wir von unserm modernen Standpunkt die Sache, so ist für den Schaden maßgebend der Pfandvertrag und die Pfandbestellung. Beides verbirgt sich noch. In dieser

Beziehung kommt in Betracht: daß sowohl der Pfandvertrag wie das dingliche Pfandrecht eine langsame Entwicklung durchgemacht haben.

So ist z. B. die contraria pigneraticia bei Pomp. fr. 3 de pign. act. 13, 7 erst hineininterpoliert: Gradenwitz, Interpolationen S. 115; Pernice, Labeo Bd. 2 Abt. 2[2] S. 226. Wegen des Pfandrechts verweise ich auf Dernburg, Pfandrt. Bd. 2 S. 401; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 1286.

Wir können demnach die actio furti, die man dem Pfandgläubiger gegen den Schuldner gewährte, als eine Art Vorläufer einer andern Entwicklung betrachten. Wie das furtum usus dem Kommodatskontrakte vorarbeitete, so geschieht hier dasselbe durch das suae rei furtum für die weitere Entwicklung des Pfandvertrages und Pfandrechtes.

Als dann diese Entwicklung zum Abschluß gekommen, war damit zugleich ein Maßstab gewonnen für den Schaden, den ein Pfandgläubiger durch Diebstahl erleiden konnte. Jetzt ließ sich hier ohne weiteres anknüpfen. Der älteste Fall, wo wegen des Interesse eine furti actio gegeben wurde, war vielleicht die furti actio des Pfandgläubigers: vgl. Erkl. 78. Und diesen Standpunkt konnte man auch einnehmen, wenn der Schuldner selber der Dieb war: siehe Erkl. 79 zu III, 204.

2. Ein jüngeres Beispiel für das suae rei furtum, das freilich Gajus nicht erwähnt, bietet das Kommodat dar. Hier haben wir also die actio furti sowohl auf seiten des Verleihers als des Entleihers.

Dem Entleiher gegen den Verleiher scheint sie freilich noch Minicius zu versagen, aber Julian gewährt sie: Iul. ex Minicio fr. 60 de furtis 47, 2. Und ebenso versagt sie noch Pomponius, während sie von Paulus zugestanden wird: Paul. fr. 15 § 2 de furt. 47, 2. In letzterer Stelle scheinen die Kompilatoren vor ergo gestrichen zu haben. Es wird etwa folgender Gedanke ausgefallen sein: hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendi causas habuisti.

3. Weiter gehört hierher der Nießbraucher, dem der Eigentümer die Sache entwendet hat: Paul. fr. 15 § 1, fr. 20 § 1 de furt. 47, 2.

4. Gajus gedenkt noch des gutgläubigen Besitzers. Vgl. ferner Paul. fr. 20 § 1; Paul. Iul. fr. 54 § 4 de furt. 47, 2. In der letztern Stelle wird betont, daß dem gutgläubigen Besitzer ein Interesse zur Seite stehen müsse: si intersit tua retinere possessionem, ueluti si hominem donatum noxali iudicio defendisti uel aegrum curaueris, ut aduersus uindicantem iustam retentionem habiturus sis.

74. Usucapio lucratiua. III, 201.

Mit der usucapio lucratiua, dieser inproba possessio et usucapio, hat Gajus sich schon II, 52—61 beschäftigt. Er kann es aber nicht unterlassen, noch einmal auf dieselbe zurückzukommen, von dem Gesichtspunkte aus, daß dann kein furtum vorläge. Es muß ihm diese Rechtsbildung also etwas fremdartig vorgekommen sein; oder er mag die Vorstellung gehabt haben, daß es seinen Zuhörern nicht leicht werde, sich in dieselbe zu finden.

75. Cuius ope consilio furtum factum est. III, 202.

Sehr deutlich wird bei Gajus unterschieden zwischen der eigentlichen Tat und der Beihilfe. Das ipse furtum non fecerit bildet an sich einen Gegensatz zum ipse furtum fecerit, und dem ipse furtum non fecerit wird untergeordnet qualis est cuius ope consilio furtum factum est.

1. Gleichwohl behauptet Cohn, Beiträge Heft 2 S. 8 flg.: die Formel erlaube uns, 'zu allererst den fur selbst darunter zu begreifen'. Er gibt zu, auf diese Weise mit Gajus in Widerspruch zu treten; glaubt aber berechtigt zu sein, eine Korruptel des Textes anzunehmen.

Gegen Cohn haben sich ausgesprochen Lenel, Ed.[1] S. 260 flg.; Ed.[2] S. 314 flg., und Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 787 flg.

Mommsen, Röm. Strafrt. S. 745 bezweifelt zwar nicht, daß die Formel in unsern Rechtsquellen gefaßt werde als 'Beihilfe und Ratschlag'; ursprünglich dürfte sie sich aber auf den Täter bezogen haben. Ihm ist nämlich auffallend, worauf in zweiter Reihe auch Cohn hingewiesen hat: daß die Formel bei Cic. de deor. nat. 3, 30 § 74 und Gai. IV, 37 an Stellen auftritt, wo durchaus keine Veranlassung war, statt des Diebes den Gehilfen zu nennen.

Allein bei Gajus IV, 37 ist nur consilioue überliefert; und wenn wir auch ope ergänzen müssen, so fragt sich doch, ob dies allein ausreicht. Ich werde unter 5 darauf zurückkommen. Was Cicero veranlaßt haben mag, gerade die Formel für den Gehilfen zu bringen, dürfte weniger ins Gewicht fallen. Jedenfalls genügt der mit Gehilfen ausgeführte Diebstahl für einen Zusammenhang, wo es sich um den Nachweis handelt: daß nur sehr wenige Menschen übrig bleiben, welche von ihrer Klugheit einen guten Gebrauch machen. Um so mehr: als ein Gehilfe zugleich einen Hauptdieb zur Voraussetzung hat.

2. Die Formel bei Cicero lautet: ope consilioque tuo furtum aio factum esse. Die Fassung beweist, daß wir eine legis actio vor uns haben. Das angehängte que wird Modernisierung sein: deren sich Cicero vielleicht bediente, um dem Verständnis zu Hilfe zu kommen. Ursprünglich haben wir mit Gai. III, 202 ein Asyndeton anzunehmen. Dafür auch Prob. Eins. 19 = Girard 64 O. C. ope consilio. An sich ist ein solches Asyndeton gar nicht kopulativ zu nehmen, vielmehr soll das eine Wort das andere nur näher bestimmen: siehe Kalb, Juristenlatein S. 37 flg.; Wegweiser S. 134 flg. Aber, wie Paulus fr. 53 § 2 de uerb. sign. 50, 16 berichtet, gelangte man in unserm Falle zur kopulativen Auffassung: post ueterum auctoritatem.

3. Die Schrift de deorum natura ist vollendet im Jahre 710 44. Die Formel wird aber älter sein. Wir dürfen daher wohl annehmen, daß sich schon der Grundstock mit derselben beschäftigte.

Nach Cohn a. a. O. ist sie möglicherweise schon sehr alt. M. Voigt, Bedeutungswechsel S. 150 überweist sie bereits den Zwölftafeln. Für spätern Ursprung tritt ein Pernice, Labeo Bd. 2 Abt. 1 ² S. 142 unter Berufung auf Cato de agric. 144, 2: qui oleam legerint omnes iuranto . . sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo und 145, 2 omnes iuranto . . sese de fundo L. Manlii neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse.

In der Tat berücksichtigen die Catonischen Kontrakts-formulare noch kein furtum ope consilio alicuius factum. Es liegt daher der Gedanke nahe, daß wegen eines solchen damals noch nicht geklagt werden konnte. Cato ist geboren 520/234 und gestorben 605/149.

Nun behauptet freilich Karlowa a. a. O. S. 787, daß diese Catonischen Kontraktsformulare bereits die Beihilfe mit-betroffen hätten. Das muß ich bestreiten. Das quemquam suo dolo kann sich meines Erachtens nur auf die Anstiftung beziehen.

Weiter tritt uns der dolus malus entgegen in dem Sol-dateneide aus dem Jahre 564/190 bei Gell. n. a. 16, 4 § 2: furtum non facias dolo solus neque cum pluribus. Hier wird sich das cum pluribus auf die Mittäterschaft beziehen.

So könnte der dolus malus schon eher Berücksichtigung gefunden haben, bevor man sich dem ope consilio zuwandte. Zunächst in Eidesformularen. Aber der Schritt von da zur Klage-formel ist doch kein allzu großer; besonders nicht den Cato-nischen Kontraktsformularen gegenüber. Hier könnte man sich die beiden Formeln etwa in dieser Weise vorstellen:

Tuo dolo malo furtum aio factum esse.

Tuo dolo malo a L. Titio furtum aio factum esse.

3. Später hätte sich angeschlossen die Formel gegen den Gehilfen:

Ope consilio tuo furtum aio factum esse.

Dieses consilio soll nach Mommsen a. a. O. S. 745 gleichbedeutend mit dolo malo sein. Es ist aber doch bemerkenswert, daß dolo malo auf den Gehilfen nicht mitübernommen ist. Wir finden nämlich auch anderswo consilio gebraucht, wo es sich um ein in der Hilfsleistung bestehendes Verbrechen handelt: teils alleinstehend, teils neben dolo malo Paul. sent. 5, 29 § 1: Lege Iulia maiestatis tenetur is, cuius ope consilio aduersus imperatorem uel rem publicam arma mota sunt. Hermog. fr. 10 ad leg. Iul. mai. 48, 4: cuius ope consilio dolo malo prouincia uel ciuitas hostibus prodita est. Scaeu. fr. 15 pr. ad leg. Iul. de adult. 48, 5: Is, cuius ope consilio dolo malo factum est, ut uir feminaue in adulterio deprehensi pecunia aliaue qua pactione se redimerent. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 101.

Außerdem gibt es eine ganze Reihe von Stellen, wo die Verbindung ops cousilium auf Beihilfe hinweist: Iauolen. fr. 91 § 1; Ulp. fr. 50 §§ 1. 2, fr. 52 pr. §§ 19. 21 de furt. 47, 2; Ulp. fr. 27 § 21 ad leg. Aq. 9, 2; fr. 6 de cond. furt. 13, 1; fr. 1 pr. furti adu. 47, 5; Paul. sent. 2, 31 § 10.

Als man dann den Ausdruck consilium aber einmal hatte, scheint man ihn im Laufe der Zeit auf die Anstiftung mitbezogen zu haben. Ulp. fr. 50 § 3 de furt. 47, 2: Consilium autem dare uidetur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum. So gebraucht ihn Ulpian z. B. vom sollicitator eines Sklaven: fr. 11 § 2 de seruo corr. 11, 3; fr. 36 pr. § 2 de furt. 47, 2.

4. Paulus in dem schon berührten fr. 53 § 2 de uerb. sign. 50, 16 berichtet von einer Streitfrage, ob ope consilio in verbindendem oder trennendem Sinne zu nehmen sei. Für trennend habe sich Labeo ausgesprochen, dem er zustimme: quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit; sic enim alii condici potest, alii non potest. Aber eine Auffassung der Alten habe sich erhalten: ut nemo ope uideatur fecisse, nisi et consilium malignum

habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit.

Es fragt sich, wie bei dieser Streitfrage die Alten consilio verstanden haben: ob bloß von intellektueller Beihilfe oder auch von Anstiftung. Ist die Ansicht richtig, daß wir beim ope consilio jedenfalls unsern Ausgang von der Beihilfe zu nehmen haben, so werden wir auch diese Vorstellung den Alten unterlegen können. Dann hätte man also hartnäckig daran festgehalten, daß intellektuelle Beihilfe allein keine actio furti erzeuge. Das wäre ja ein ganz verständiger Satz, und mehr ist doch auch nicht gesagt I. I. IV, 1 § 11, wenn es hier heißt: certe qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

Ob aber die Anstiftung ebenso zu behandeln? In dieser Beziehung könnte Paulus anderer Meinung gewesen sein. Das qui consilio furtum facit bezieht sich vielleicht auf den Anstifter. Jedenfalls war hier Ulpian anderer Meinung, der die actio furti gegen den Verführer eines Sklaven gewährte.

Somit wäre zugleich die Möglichkeit gegeben, unser fr. 53 § 2 in Einklang zu setzen mit Ulp. fr. 6 de cond. furt. 13, 1: etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur, etsi furti tenetur. Wegen Beihilfe findet die condictio furtiua nicht statt. Soll dasselbe gelten von der Anstiftung? Dieser Gegensatz schwebte vielleicht dem Paulus vor bei den Worten: sic enim alii condici potest, alii non potest.

Ueber das Verhältnis dieser beiden Stellen zueinander sind sehr verschiedene Behauptungen aufgestellt worden: siehe die Litteratur bei Windscheid, Pand. Bd. 2[7] § 453 Anm. 5. Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 788 hält die Stelle von Paulus für interpoliert. Ihm 'scheint es unmöglich, daß Labeo und Paulus den Ausdruck ope consilio furtum facere gebraucht haben sollen'. Ihm sind gefolgt Paul Krüger, Dig.[11], und Lenel, Ed.[2] S. 316. Aber es heißt doch auch bei Gajus:

cuius ope consilio furtum factum est; vgl. ferner Sabinus bei Ulp. fr. 27 § 21 ad leg. Aq. 9, 2. Eher möchte ich noch am post ueterum auctoritatem Anstoß nehmen.

Ganz so, wie sie uns überliefert, wird die Stelle wohl nicht von Paulus herrühren. Es fragt sich aber: wieviel interpoliert worden. Der Anfang weist auf eine Streitfrage hin: Item dubitatum. Die Tätigkeit der Kompilatoren hätte sich darauf beschränken können: daß sie diese Streitfrage schlichteten, indem sie sich für einen der streitenden Teile erklärten.

5. Jetzt hätte ich mich noch abzufinden mit dem uns IV, 37 mitgeteilten Formelstück consilioue. Nach Lenel, Ed.[2] S. 314 ist das ue hinter consilio nicht zu halten, er ergänzt und ändert S. 318 opeue consilio. indem er sich den Anfang der Formel so vorstellt: S. p. A° A° a N° N° opeue consilio N^i N^i furtum factum esse paterae aureae.

Auf diese Weise würde ja aber das Asyndeton auseinandergerissen, was mir bedenklich vorkommt. Ich beschränke mich daher zunächst auf eine Ergänzung von ope, das dem consilioue voranzustellen. Zu dem so gewonnenen ope consilioue wäre dann eine Anlehnung zu suchen, die mir mit dem dolo malo gegeben zu sein scheint, das wir in der Formel doch kaum entbehren können. Das ergäbe folgenden Formelanfang: S. p. dolo malo ope consilioue N^i N^i A° A° furtum factum esse paterae aureae.

Daß des Täters in der Formel gedacht sein mußte, hat schon Lenel, Ed.[2] S. 317 Anm. 4 hervorgehoben unter Berufung auf Bas. LX, 5 cap. 44 schol. 8 und Bas. LX, 5 cap. 48 schol. 5.

76. An utilis actio dari debeat. III, 202a.

Wir haben es hier mit Beispielen zu tun, die auch vom Standpunkte der Beschädigung aus eine Betrachtung zulassen. Es wird die Frage aufgeworfen, ob ein furtum selbst dann vorliege, wenn der Täter nur mutwillig handelte, ohne daß es seine Absicht war, ein furtum zu begehen: per lasciuiam et non data opera, ut furtum committeretur. Die Frage

wird näher dahin begrenzt: uidebimus an utilis actio dari debeat. Es wird hingewiesen auf die lex Aquilia, die auch wegen Verschuldens Platz greife. An einer bestimmten Antwort auf die Frage fehlt es. Der Fragsteller scheint hinauszuwollen auf eine furti actio utilis.

Etwas anders versteht die Stelle Kalb, Wegweiser S. 89 flg. Das uidebimus an wird von ihm im Sinne von 'kaum' genommen. Er erläutert: 'utilis actio (nämlich furti) .. darf wohl nicht gegeben werden'. Daß eine Verneinung der Auffassung des Gajus entsprechen würde, will ich nicht bestreiten. Mir ist aber zweifelhaft, ob wir bei dieser Fragstellung unsern Ausgang von Gajus zu nehmen haben, bzw. uns auf ihn beschränken dürfen.

Wie Gajus in dieser Beziehung dachte, ersehen wir aus fr. 51 lib. 13 ad ed. prou. de furtis 47, 2: Nam et si praecipata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.

Neratius fr. 53 ad leg. Aq. 9, 2 tritt ebenfalls ein für Anlehnung an die lex Aquilia, aber in etwas anderer Weise: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.

Ulpian fr. 50 § 4 de furtis behauptet mit großer Bestimmtheit, daß eine furti actio nur gegen den zustehe, der dolo malo fecit. Er fügt dann hinzu: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus. Dafür wird Bezug genommen auf Labeo: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.

Eigenartig geht zu Werke Sabinus bei Ulp. fr. 27 § 21 ad leg. Aq. 9, 2. Er behandelt den Fall, si quis de manu mihi nummos excusserit; und unterscheidet: si ita perierint, ne ad aliquem peruenirent, bzw. si ad aliquem peruenerunt. Bei der ersteren Annahme meint Sabinus: damni iniuriae esse actionem; gelangten aber die Geldstücke an jemand: ope consilio furtum factum agendum. Diese Unterscheidung wird schon auf die Alten zurückgeführt: quod et an-

tiquis placuit. Als eigene Ansicht des Sabinus wird dann angehängt: idem etiam in factum dari posse actionem ait.

Bei dieser in factum actio taucht dann die Frage auf: wie sie gemeint war. Sie soll doch wohl nur Beziehung haben zur furti actio und diese da vertreten, wo der dolus malus nicht vorhanden oder wenigstens schwer nachzuweisen war.

Endlich ist zu erwähnen I. I. IV, 1 § 11. Die vom Nachgajaner offen gelassene Frage erhält eine bestimmte Antwort, und zwar dahin: in factum actio dari debeat, während der Nachgajaner nach einer utilis actio ausschaute.

Es handelt sich bei den vorgeführten Beispielen darum, die Gebiete der actio legis Aquiliae und actio furti näher voneinander abzugrenzen. Diese Frage beschäftigte schon antiqui. Damals mag man es mit der Voraussetzung des dolus malus bei der furti actio so genau noch nicht genommen haben. Dies würde wenigstens entsprechen der allgemeinen Entwicklung, die das römische Strafrecht durchgemacht hat. Und hierfür legen Zeugnis ab Entscheidungen, wie sie z. B. bei Gell. n. a. 11, 18 § 14 noch dem Sabinus zugeschrieben werden. Vgl. Karlowa S. 783.

Als dann aber der dolus malus bei der actio furti schärfer ins Auge gefaßt wurde, empfand man diese Schranke vom Standpunkte des Benachteiligten aus unter Umständen als eine Härte, namentlich in solchen Fällen, die dem Gebiete der lex Aquilia, wenn auch nicht angehörten, so doch nahelagen. Non debet impunitus esse lusus tam perniciosus. Man gewährte Aushilfsklagen: teils ist von einer utilis teils von einer in factum actio die Rede.

Ob und wie weit sich diese Aushilfsklagen der furti actio bzw. actio damni iniuriae anlehnten, möchte ich zunächst dahingestellt sein lassen. Die Quellen unterscheiden nicht mehr scharf. Auch gingen schon die Ansichten der römischen Rechtsgelehrten anscheinend auseinander. Vielleicht haben wir es mit einer selbständigen Klage zu tun, die sowohl der furti actio wie der actio damni iniuriae zugute kam.

Soweit die lex Aquilia in Betracht kommt, wird uns der Gegensatz von utilis und in factum actio noch einmal zu beschäftigen haben: siehe unten Erkl. 92.

76a. Rückblick. III, 183—202a.

Nachdem im § 182 übergeleitet war zu den Deliktsobligationen, werden uns in den folgenden Paragraphen Arten und Unterarten der furta vorgeführt.

Die Haupteinteilung ist die in furtum manifestum und nec manifestum, ihnen schließen sich an als Unterarten das furtum conceptum und oblatum: § 183. Diese Begriffe werden näher entwickelt in den §§ 184—187, später ist angehängt im § 188 das prohibitum furtum. Hierauf folgen die poenae der einzelnen furta: §§ 189—191. Mit der prohibiti actio quadrupli ist dann der Uebergang gegeben zur altertümlichen Haussuchung: §§ 192—193a. Eine Zweigliederung des furtum manifestum, teils lege teils natura, wird von Gajus verworfen: § 194.

Mit dem § 195 wird begonnen die Tätigkeit des Diebes näher ins Auge zu fassen; ein furtum begeht ein jeder, qui rem alienam inuito domino contrectat. Ein furtum liegt mithin schon vor, wenn ein Verwahrer die hinterlegte Sache gebraucht oder ein Entleiher die Sache anders gebraucht hat, als er sollte: §§ 196—198. Im § 198a ist später ein Fall angereiht, der sich mit der Anstiftung beschäftigt.

Weiter folgen wieder als besondere Arten das furtum liberorum hominum und das suae rei furtum: §§ 199—200a. Ersteres eine eigenartige, verhältnismäßig junge Rechtsbildung, wenn Gajus sie auch schon vorgefunden haben mag. Das suae rei furtum weist hingegen mehr hin auf die Kindheit der Kunstsprache. Sein Eigentum als solches kann niemand stehlen, es handelt sich hier um Rechte anderer, die neben dem Eigentum vorhanden sind: die Hauptsache wird also geradeswegs verschwiegen.

Als solchen andern Berechtigten fügt Gajus dem Faustpfandgläubiger hinzu den gutgläubigen Besitzer. Das gibt ihm Veranlassung noch einmal der lucratiua usucapio zu gedenken: § 201.

Neben dem eigentlichen Täter kommt in Betracht, cuius ope consilio furtum factum est: § 202.

Zum Schluß wird das mutwillige Handeln, per lasciuiam, in Betracht gezogen und die Frage aufgeworfen: an utilis actio dari debeat: § 202 a.

77. Furti actio ei conpetit, cuius interest rem saluam esse. III, 203.

Bisher betrachteten wir das furtum vorzugsweise vom Standpunkte des Täters. Dem Täter gegenüber steht der Bestohlene. Also möchten wir fragen: wer ist der Bestohlene? Die Römer haben aber die Frage in dieser Weise kaum gestellt; sie fragen gleich: wem kommt zu die furti actio? Jedenfalls dem Eigentümer.

Das reicht aber nicht aus. Dies hat sich uns bereits dargeboten beim furtum liberorum hominum. Hier scheint indes eine verhältnismäßig junge Rechtsbildung vorzuliegen, über die wir zudem nur ungenau unterrichtet sind. Und da dieses Falles bei der jetzt zu erörternden Frage nicht weiter gedacht wird, können wir ihn füglich beiseite lassen, indem wir uns hier wie sonst überall auf den Diebstahl an körperlichen Sachen beschränken.

Näher berührt uns indessen schon das suae rei furtum. Sein Eigentum kann freilich ein Eigentümer nicht stehlen. Aber neben dem Eigentum sind sonstige Rechte möglich, die gleichfalls durch Diebstahl verletzt werden, mithin auch durch einen Eigentümer verletzt werden können. Dies wurde zuerst beobachtet beim Faustpfandgläubiger. Ihm reihte sich an der Entleiher, der Nießbraucher, der gutgläubige Besitzer: siehe Erkl. 73.

So gut der Eigentümer selber an eigener Sache Rechte anderer verletzen kann, ist dies auch möglich durch einen Dritten.

Somit gelangen wir zu zwei möglichen Berechtigten. Neben dem Eigentümer taucht der Nichteigentümer auf. Für den letzteren wäre demnach die rechtliche Grundlage aufzusuchen.

I. Die neue Voraussetzung.

1. Die Römer sind zu dem Satze gelangt: die furti actio steht demjenigen zu, cuius interest rem saluam esse.

Dieser Satz war dem Q. Mucius bereits bekannt und wird schon höher hinaufreichen. Vgl. Pomp. fr. 77 § 1 de furtis 47, 2 und dazu Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 782.

2. Interesse ist ein weiter Begriff. Daß nicht alles und jedes Interesse genügte, bemerkt ausdrücklich Gai. fr. 49 pr. de furt. 47, 2.

3. Für den Nichteigentümer verlangte Paul. fr. 86 de furt. 47, 2 daneben: si et rem tenuit domini uoluntate. Siehe darüber Bruckner, Custodia S. 134 flg.

4. Genügend war ein Haftversprechen in Gestalt eines receptum beim Entleiher, Reeder, Speicherinhaber.

5. Aber auch abgesehen von einem solchen Versprechen reichte nach Gajus aus Lohnzahlung für die Obhut. Beim Walker und Flickschneider wie beim Reeder und Wirte die Gegenleistung für die Arbeit. Dem Lohne stand bei der Leihe gleich der Nutzen, den die geliehene Sache dem Entleiher gewährte.

So gelangen wir denn mitten hinein in die schwierige Lehre von der custodia-Haftung. Es läßt sich aber nicht behaupten, daß die Römer diese Haftung bei allen Nichteigentümern verlangt hätten. Sie begnügten sich z. B. noch später bei der Verwahrung mit einfachem Verschulden und ursprünglich auch beim Faustpfandgläubiger.

6. Man ist weiter dazu übergegangen, die furti actio des Eigentümers von dessen Interesse abhängig zu machen. Dem entspricht eine Bemerkung am Schlusse unseres § 203, die wohl erst später hinzugefügt worden.

Demgemäß würde die furti actio versagen bei wertlosen Sachen: vgl. Ulp. fr. 27 §§ 1. 2 de furtis 47, 2.

Damit wäre für die furti actio wiederum ein einheitlicher Gesichtspunkt gewonnen: das Eigentum muß neben dem Interesse zurücktreten.

Man hat aber von diesem Gesichtspunkte aus Fälle betrachtet, wo ein gänzlicher Mangel an Interesse kaum vorhanden sein dürfte: so wenn man dem Eigentümer der Waren die furti actio versagte und dafür dem Reeder zusprach. Es könnten sich hier sehr wohl fremdrechtliche Anschauungen eingemischt haben, mit denen man sich in anderer Weise abzufinden versuchte. Vgl. Erkl. 81 und 85.

II. Gegenstand der furti actio.

Die Klagen sind dazu bestimmt, eine Rechtsverletzung auszugleichen. So steht denn der Gegenstand einer Klage in inniger Beziehung zur Voraussetzung. Etwas anders liegt die Sache bei den Strafklagen, die dazu bestimmt sind, dem Beklagten Nachteile zuzufügen.

Die furti actio des klassischen Rechtes war eine reine Strafklage. Das ist sie aber erst im Laufe der Zeit geworden. Ursprünglich war sie eine Abfindungsklage, bei der allerdings die Abfindung etwas reichlich zugemessen wurde. Ich werde hierauf zurückkommen.

Der Voraussetzung entsprechend sind auch beim Gegenstande der Eigentümer und sonstige Berechtigte auseinanderzuhalten.

1. Um den Gegenstand der furti actio zu ermitteln, haben wir beim Eigentümer vom Sachwert auszugehen und diesen zu verdoppeln oder sonstwie zu vervielfältigen. Ulp. fr. 50 pr. de furt. 47, 2: In furti actione non quod interest quadruplabitur uel duplabitur, sed rei uerum pretium. Zugrunde gelegt wird der Wert zur Zeit des Diebstahls, auch wenn die Sache untergegangen oder schlechter geworden: Ulp. fr. 46 pr. ebenda. Selbst Eigentum, das bei Eintritt einer Bedingung fortfällt, wird so behandelt: es wird also auf die Bedingung keine Rücksicht genommen. Pap. fr. 81 § 1 ebenda: idque et in statuliberis et in legato sub condicione re-

licto probatur. Dagegen ein Wertzuwachs wird veranschlagt und kommt dem Eigentümer zugute. Ulp. fr. 50 pr. ebenda. Ferner wird bei Beweisurkunden nicht bloß der Wert des Materials in Betracht gezogen, insofern spricht Ulp. fr. 27 pr. ebenda von einer Berücksichtigung eius quod interfuit.

2. Wo die furti actio einem Nichteigentümer wegen eines Interesse gegeben wird, kann dasselbe von Haus aus hinter dem Sachwert zurückbleiben. So steht die Sache z. B. beim Nießbrauche.

Hier wäre dann daneben noch Raum für eine furti actio des Eigentümers. Ulp. fr. 46 § 1 de furt. 47, 2: diuidetur igitur actio inter dominum et fructuarium. fructuarius aget de fructibus uel quanti interfuit eius furtum factum non esse eius, dupli. proprietarius uero aget, quod interfuit eius proprietatem non esse subtractam.

Ebenso verhält es sich mit dem usus. Ulp. fr. 46 § 3 ebenda.

Außerdem ist von einer Verdoppelung des Interesse die Rede. Das dupli kommt hier freilich etwas nachgehinkt und könnte erst später eingeschoben sein. Es wäre sehr wohl denkbar, daß eine furti actio, die wegen des Interesse gegeben wurde, sich ursprünglich auf diesen Gegenstand beschränkt hätte. Beseler, Beiträge 3 S. 190, der sonst allerlei an der ausgeschriebenen Stelle auszusetzen hat, läßt freilich gerade das dupli unbeanstandet.

78. Unde constat. III, 204.

Nachdem der Satz voraufgeschickt, daß die furti actio demjenigen zustehe, welcher an Erhaltung der Sache ein Interesse habe, wird mit Unde constat angeknüpft das Beispiel des Faustpfandgläubigers.

Diese Anknüpfung ist auffällig. Wenn man auch das Interesse für ausreichend gehalten hat, eine actio furti zu begründen, so genügt doch nicht alles und jedes Interesse. Das liegt gar nicht in den Worten des § 203; und wenn es darin

liegen sollte, so wäre dies eine falsche Voraussetzung. Man käme dann dahin, jedem beliebigen Gläubiger die furti actio zu gewähren, da jeder Diebstahl geeignet ist, in größerem oder geringerem Umfange die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu mindern. Vgl. Gajus selber lib. 10 ad ed. prou. fr. 49 pr. de furtis 47, 2.

Also wenn in einzelnen Fällen die furti actio demjenigen gegeben wurde, der ein Interesse daran hatte, so steht um deswillen nicht fest, daß der Faustpfandgläubiger sie ebenfalls habe. Diesem Unde constat liegt ein logischer Denkfehler zugrunde.

Außerdem erregt dieses Unde constat vom rechtsgeschichtlichen Standpunkte aus Bedenken. Das Recht entwickelt sich doch nicht so, jedenfalls hat das römische Recht sich nicht so entwickelt: daß allgemeine Sätze sich ohne weiteres Geltung verschaffen. Wir haben von einzelnen Fällen unsern Ausgang zu nehmen, die ihre Entscheidung verlangen. So wird sich die Sache auch wohl hier verhalten haben.

Dieses constat wird vielmehr dem allgemeinen Satze voraufgegangen sein. Der älteste Fall, wo wegen des Interesse dem Nichteigentümer eine furti actio gegeben wurde, war vielleicht die furti actio des Pfandgläubigers. Als dieses feststand, hat man dann andere Fälle angereiht.

Von diesem Standpunkte aus wäre das constat ganz berechtigt gewesen und könnte auch in der Vorlage des Gajus seinen richtigen Platz eingenommen haben. Gajus fand hier den Satz vor: constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse. Diesen Satz verknüpfte Gajus mit dem von ihm voraufgeschickten allgemeineren durch ein Unde: darauf beruht sein Fehler. Eher hätte man sich schon ein Unde placuit gefallen lassen. Aber einem ähnlichen Unde constat begegnen wir auch sonst bei Gajus, nämlich lib. 3 de legatis ad ed. praet. fr. 8 de usu et usu fructu 33, 2: unde centum annos obseruandos esse constat.

79. Furti actio des Faustpfandgläubigers. III, 204.

Die Frage, inwiefern dem Faustpfandgläubiger eine Klage wegen furtum zustehe, bereitet Schwierigkeiten. Ich will zuvörderst einzelne Aussprüche der Quellen einer näheren Betrachtung unterziehen, dann die Ergebnisse kurz zusammenfassen und damit den Standpunkt vergleichen, den Fritz Schulz dieser Frage gegenüber eingenommen hat.

I. Einzelne Aussprüche der Quellen.

Wir werden uns in eine Zeit zurückversetzen müssen, wo der Faustpfandgläubiger zwar Besitz, aber noch kein Pfandrecht hatte. Ebensowenig gab es schon einen Pfandkontrakt. Worauf sollte die furti actio gerichtet werden?

Man beschränkte sich darauf, dem Faustpfandgläubiger eine furti actio wegen des Interesse d. i. des möglichen Schadens zu gewähren. Für diesen Schaden war maßgebend die Höhe der Forderung, sofern sie durch den Wert der Sache gedeckt war.

Dieser Auffassung leiht noch ganz bestimmten Ausdruck Papinian bei Ulp. fr. 14 § 6 de furt. 47, 2: si, cum mihi decem deberentur, seruus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. Vgl. auch ebenda §§ 5. 7.

Der mögliche Schaden bildet nicht bloß die Voraussetzung der Klage, sondern bestimmt auch den Umfang: von Strafzuschlag wird abgesehen. Anders behandelt freilich Ulp. fr. 46 § 1 ebenda den Nießbrauch, vielleicht ist aber das dupli hier erst später eingeschoben: siehe Erkl. 77 unter II, 2.

Ist die Sache mehr wert, als die Forderung beträgt, so bleibt noch eine furti actio für den Eigentümer übrig. Ulp. fr. 46 § 4 ebenda: hoc amplius etiam debitor, si modo plus ualeat, quam pro pignore debetur, habet furti actionem.

Bei dieser Klage auf den Mehrwert ist ebenfalls von Strafzuschlag keine Rede.

Also beiden steht die Klage zu. Ulp. fr. 12 § 2 ebenda: nec non et ipsi domino dari placet. Daran knüpft Ulpian die Bemerkung: et sic fit, ut non teneatur furti et agat. An diesen Worten ist viel herumgedeutelt worden: vgl. z. B. Hasse, Culpa² S. 354. Ich verstehe sie dahin: der Pfandgläubiger haftet nicht wegen furtum und kann deshalb doch klagen. Seine Klageberechtigung hängt nicht von der Voraussetzung ab, daß er für den Diebstahl aufkommen müsse: wie dies anderswo der Fall. Möglich freilich, daß der Pfandgläubiger selber für den Diebstahl verantwortlich gemacht werden kann, z. B. wegen Verschuldens, aber nicht notwendig. Die Klage steht insofern auf eigenen Füßen. Ulpian fährt fort: ideo autem datur utrique, quia utriusque interest.

2. Wie nun, wenn der Schuldner selber der Dieb? Hier wirkt anscheinend die furti actio auch zugunsten des Pfandgläubigers als Strafklage nach Papinian und Ulpian fr. 22 pr. de pign. act. 13, 7 (Lenel n. 902): Si pignore subrepto furti egerit creditor . . quod ipse debitor ex furti actione praestitit . . non oportere id ei restitui, . . et ita Papinianus.

Es ist indessen pignore subrepto an die Stelle von fiducia subrepta getreten: Lenel, Z. R.G. Bd. 16 S. 108. Im Sinne von Papinian und Ulpian hätten wir es demnach zu tun mit der actio furti eines Eigentümers.

3. Paulus ist insofern anderer Ansicht, als er dem Pfandgläubiger die furti actio, und zwar omni modo in solidum, auch dann gewährt, wenn ein Dritter den Diebstahl ausführte; dem Schuldner soll aber die pigneraticia actio zustehen in bezug auf den die Forderung übersteigenden Betrag: fr. 15 pr. de furt. 47, 2. Dabei fällt auf das non vor credito tenus interest, das vielleicht erst später eingeschoben wurde. Ferner bleibt fraglich, wie das in solidum zu verstehen: ob bloß vom Wert der Sache oder mit vom Strafzuschlag. Ist aber der Schuldner selber der Dieb, so gewährt Paulus dem Pfand-

gläubiger nur eine Klage bis zum Belaufe der Forderung einschließlich von Zinsen: fr. 88 ebenda.

4. Das Interesse des Pfandgläubigers ist nicht bedingt durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Ulp. fr. 12 § 2 de furt.: sed utrum semper creditoris interest an ita demum si debitor soluendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat. et uerius est ubique uideri creditoris interesse, et ita Iulianus saepissime scripsit. Vgl. ferner I. I. IV, 1 § 14.

Andererseits geht dieses Interesse aber nicht so weit, daß ein Gläubiger klagen könnte, wenn einem zahlungsunfähigen Schuldner nicht verpfändete Sachen gestohlen wären: Gai. fr. 49 pr. de furt. 47, 2.

5. Neben der furti actio ist dem Pfandgläubiger auch die condictio furtiua als condictio incerti eingeräumt worden: Ulp. fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1; fr. 22 pr. de pign. act. 13, 7. Die letztere Stelle handelte indessen ursprünglich, worauf ich schon hinwies, von der fiducia. Die incerti condictio der ersteren Stelle beruht meines Erachtens nicht auf Interpolation: Besitz S. 402; dagegen könnte auch hier pignori an die Stelle von fiduciae getreten sein: so Oertmann, Fiducia S. 169.

6. Die Entwicklung des Pfandkontraktes brachte es weiter mit sich, dem Pfandgläubiger noch aus einem andern Grunde eine furti actio zu verleihen: insofern er nämlich für den Diebstahl verantwortlich war. Diese seine Verantwortung beschränkte sich zunächst auf culpa. Vgl. namentlich Papinian bei Ulp. fr. 14 § 6 de furt. 47, 2: hoc ita, si sine culpa mea subripiatur, nam si culpa mea, quia interest eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero; quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio uidetur, quae creditori non competit. Quam sententiam Pomponius quoque libro decimo ad Sabinum probat.

7. Später ist seine Haftung auf custodia erweitert worden: er haftet auch für kleinen Zufall, nur höhere Gewalt befreit ihn. Dies sagt sehr bestimmt c. 19 de pign. 8, 13 vom Jahre 293. Sicut uim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

Seit wann sich diese Entwicklung vollzogen haben mag, bleibt zweifelhaft. Zwar heißt es schon bei Ulp. fr. 13 § 1 de pign. act. 13, 7: Venit autem in hac actione et dolus et culpa: ut in commodato uenit et custodia, uis maior non uenit. Das ut in commodato ist zum Folgenden zu ziehen. Die herkömmliche Interpunktion, der auch Mommsen und Paul Krüger, Dig.[11] folgen, die hinter culpa ein Komma setzen, ist unrichtig: wie schon Baron, ArchZivPrax. Bd. 52 S. 78 und andere bemerkt haben. Hier finden wir ebenfalls die Haftung für custodia. Es könnte aber diese Stelle von ut in commodato an auf Interpolation beruhen. Ferner wird von Ulp. fr. 14 § 16 de furt. 47, 2 nebeneinander gestellt: ueluti commodati, item locati pignorisue accepti. Aber vorher ist nur von einem periculum die Rede, das doch auch eine Verschuldenshaftung mitumfassen könnte.

Die Beschränkung auf culpa finden wir nämlich noch c. 5 vom Jahre 224 und c. 8 vom Jahre 246 de act. pign. 4, 24. Andererseits tritt nach c. 6 vom Jahre 225 ebenda allgemein Befreiung ein fortuitis casibus, quae praeuideri non potuerant.

Eigenartig drücken sich aus I. I. III, 14 § 4. Zunächst scheinen sie sich anzuschließen dem neuen Rechtszustande mit den Worten: placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet. Was dann folgt, dürfte aber vielmehr dem früheren Rechte entsprechen: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

Bei Theoph. IV, 1 § 14 wird die furti actio dem Pfandgläubiger nicht bloß zugesprochen, sondern auch dem Eigentümer abgesprochen: siehe darüber unten Erkl. 81.

8. Nach Pernice, Labeo Bd. 2[2] Abt. 2 S. 158 flg. ging die actio pigneraticia zunächst mit der actio commodati parallel, wie beim Kommodate wurde auch hier custodia erfordert. Dafür beruft sich Pernice in erster Linie auf die schon herangezogenen Stellen fr. 13 § 1 de pign. act. und c. 19 de pign. Außerdem werden von ihm angeführt Paul. fr. 34 de damno inf. 39, 2 und Ulp. fr. 15 de pign. act. 13, 7. Aber beide letztere Stellen bezeugen meines Erachtens nur die Haftung für Culpa.

9. Bei Seckel in Heumanns Handlexikon[9] S. 117 wird unter denjenigen, welche nach klassischem Recht die custodia-Haftung trifft, auch der Faustpfandgläubiger aufgeführt unter Berufung auf Ulp. fr. 13 § 1 de pign. act. 13, 7 und Paul. fr. 19 pr. de her. pet. 5, 3.

In der letzteren Stelle ist indes gar nicht von custodia, sondern periculum die Rede. In dieser Beziehung begegnen wir dann der Zusammenstellung: ut res pignori datae defuncto uel commodatae depositaeue. Hier scheinen mir die mitgenannten res depositae dafür zu sprechen, daß das periculum nicht in allzu enger Bedeutung genommen werden darf. Vgl. in dieser Beziehung auch Ulp. fr. 12 § 2 de furtis 47, 2: et sic fit, ut non teneatur furti et agat und dazu oben unter 1.

II. Dem allem zufolge hätte sich dies ergeben.

Man ist nicht dabei stehen geblieben, die furti actio bloß dem Eigentümer zu gewähren; man hat auch den möglichen Schaden, das Interesse, für ausreichend erklärt.

Den ersten Fall dieser Art wird der Pfandgläubiger abgegeben haben. Es bildete sich der Satz: constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse.

Die Entwicklung könnte sich angelehnt haben an den Fiduciar, dem zur Sicherung seiner Forderung Eigentum übertragen war.

Weitere Fälle bietet dann die Haftung für custodia dar, mit denen sich Gajus in den folgenden §§ 205. 206 beschäftigt.

Diese Haftung für custodia haben wir vom Pfandgläubiger zunächst fernzuhalten. Wir werden uns überhaupt in eine Zeit zurückversetzen müssen, wo der Faustpfandgläubiger zwar Besitz, aber noch kein Pfandrecht hatte, und wo es einen Pfandvertrag noch nicht gab.

Wie der mögliche Schade, das Interesse, für die Klage des Faustpfandgläubigers die Voraussetzung bildete, so wird sie sich auch einmal auf diesen Umfang beschränkt haben. Der Umfang bestimmte sich durch die Höhe der Forderung, sofern sie durch den Wert der Sache gedeckt war.

Besondere Berücksichtigung hat der Fall gefunden, wenn der Schuldner und Eigentümer seine eigene Sache dem Faustpfandgläubiger stahl. Hier geht die Klage des Faustpfandgläubigers immer nur bis zum Belaufe seiner Forderung.

Hat dagegen ein Dritter den Diebstahl ausgeführt, so gehen die Ansichten von Papinian-Ulpian einerseits und Paulus andererseits formell auseinander. Bei Papinian-Ulpian klagt der Faustpfandgläubiger nur bis zum Belaufe seiner Forderung. Dagegen Paulus gewährt ihm eine Klage in solidum; dem Schuldner soll aber gegen den Gläubiger eine pigneraticia actio zustehen in bezug auf den die Forderung übersteigenden Betrag.

Später wurde eine durchgreifende Veränderung dadurch herbeigeführt, daß man die custodia-Haftung auf den Pfandgläubiger ausdehnte. Jetzt hatte er die furti actio, weil er selber für den Diebstahl aufkommen mußte. Und wie die Kontraktsklage gegen den Pfandgläubiger nur das Interesse umfaßt haben wird, mag auch bei der dem Pfandgläubiger gewährten furti actio von einem Strafzuschlage abgesehen sein.

Der Gegenstand des Interesse ist aber jetzt nicht mehr der durch das Pfand gesicherte Wert der Forderung, sondern der Sachwert. Dies erleidet eine Ausnahme, wenn der Schuldner und Eigentümer selber der Dieb. Hier hat sich demnach das alte Recht erhalten.

III. Zu einer wesentlich andern Auffassung über die Grundlage der dem Pfandgläubiger zustehenden furti actio ist neuerdings gelangt Fritz Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 43 flg.

Den Satz III, 204 Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse versteht Schulz dahin: 'Gajus führt den Faustpfandgläubiger als Beispiel an dafür, daß auch der Eigentümer, nur soweit er Interesse habe, zur Klage legitimiert sei'.

Das steht nicht da: mag man nun über die von mir angenommene Gliederung denken, wie man will. Gajus sagt vielmehr: daß dem Faustpfandgläubiger die furti actio zustehe, weil er ein Interesse daran habe, rem saluam esse.

Weiter heißt es bei Schulz: 'Er will also sagen, der Faustpfandgläubiger hat die Klage, und zwar er allein, unter Ausschluß des Eigentümers'.

Wie den Vordersatz, so muß ich auch diesen Folgesatz ablehnen. Was wir bei Theoph. IV, 1 § 14 finden, dürfen wir nicht ohne weiteres auf Gajus übertragen. Das Gegenteil bezeugt auch Ulp. fr. 46 § 4 de furtis 47, 2: hoc amplius etiam debitor, si modo plus ualeat, quam pro pignore debetur, habet furti actionem. Schulz S. 47 hält diesen Satz für interpoliert.

Weiter bemerkt Schulz S. 43: 'dieser (der Eigentümer) ist durch die custodia-Haftung, die, wie wir genau wissen, dem Faustpfandgläubiger obliegt, hinreichend gedeckt'.

Es fragt sich nur: seit wann diese custodia-Haftung Platz griff. Für unser genaues Wissen beruft sich Schulz auf Ulp. fr. 13 § 1 de pign. act. 13, 7 und c. 6 de act. pign. 4, 24 vom Jahre 225.

Mit beiden Stellen habe ich mich bereits beschäftigt. Die erstere halte ich für interpoliert. In der zweiten wird meines Erachtens mit den fortuitis casibus vielmehr zum Ausdruck gebracht, daß die Haftung des Pfandgläubigers nicht über Verschulden hinausgehe. Das Beispiel allerdings in quibus etiam adgressura latronum est weist im allgemeinen hin auf höhere

Gewalt, ordnet sich aber auch dem weitern Zufalle unter. Möglich wäre ferner eine nachträgliche Einschiebung des Beispieles. Es fehlt in der entsprechenden Stelle Bas. 25, 1 cap. 48.

Auf dieser Grundlage hin wird dann S. 44 die Behauptung aufgestellt: 'Nur die custodia-Haftung, nicht das Sicherungsinteresse ist für die Legitimation von Bedeutung'.

Dies soll zudem klar beweisen Ulp. fr. 52 § 18 de furtis 47, 2: Si ex duobus sociis omnium bonorum unus rem pignori acceperit eaque subrepta sit, Mela scripsit eum solum furti habere actionem, qui pignori accepit, socium non habere. Und für die Beweiskraft dieser Stelle wird geltend gemacht: 'Das Sicherungsinteresse ist natürlich bei dem einen socius genau so stark vorhanden wie bei dem andern'.

Ich finde in diesem Ausspruche nur eine Anwendung des Satzes: daß aus den Rechtsgeschäften, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten abschließt, derselbe, sofern keine Stellvertretung gegeben, nur für sich erwirbt. Vgl. statt aller Windscheid, Pand. Bd. 2[7] § 407. So erwirbt auch ein Gesellschafter für sich das ihm bestellte Pfandrecht. Daraus folgt weiter seine Berechtigung zur furti actio. Und dabei wird es sich um nichts anderes handeln als das Sicherungsinteresse. Jedenfalls ist von einer Haftung für custodia keine Rede.

Weiter beruft sich Schulz auf Paul. fr. 15 pr. de furt. 47, 2. In dieser Stelle ist mir nun gerade das non vor credito verdächtig. Im übrigen steht der Schlußsatz mit dem Standpunkte von Schulz in Widerspruch, da der Gläubiger id quod debitum excedit an den Schuldner und Eigentümer wieder herausgeben muß.

Endlich wird angeführt Paul. fr. 88 de furt. 47, 2. Hier wäre dem in summam pignoris gegenüber ebenfalls zu verweisen auf den Schlußsatz bei Paul. fr. 15 pr. ebenda.

Auf diese Weise glaubt Schulz eine 'sichere klassische Ueberlieferung' gewonnen zu haben, die auch nicht preiszugeben

wäre: 'wenn wir in den justinianischen Rechtsbüchern widersprechende Entscheidungen lesen, es muß sich überall um Interpolationen handeln'.

Aus der Einschiebung I. I. IV, 1 § 14 etiamsi idoneum .. in personam agere soll sich ergeben, 'wo Justinian hinauswollte'. 'Während bei Gajus .. sich die Legitimationsfrage auf die custodia-Haftung zuspitzte, ist davon bei Justinian keine Rede'.

In derselben Art soll Ulp. fr. 12 § 2 de furt. 47, 2 interpoliert sein: 'nach justinianischem Recht, das keine custodia mehr kennt, wenn der Gläubiger am Diebstahl kein Verschulden trägt'.

Wo die Grundauffassungen in dieser Weise auseinandergehen, glaube ich mir ein weiteres Eingehen auf Einzelheiten ersparen zu können.

Die Sache liegt nicht ganz einfach. Die Justinianschen Rechtsbücher gewähren kein einheitliches Bild. Der Sprachgebrauch ist nicht immer genau. Insonderheit sind pignus und fiducia miteinander verquickt worden. Auch sonst hat eine Entwicklung stattgefunden. In welcher Weise, hängt von Beantwortung der Vorfrage ab: wo und wie interpoliert worden.

80. Furti actio des fullo und sarcinator. III, 205.

Daß dem Walker und Flickschneider die ihnen anvertrauten Kleider gestohlen wurden, scheint im römischen Reiche häufig vorgekommen zu sein. In dieser Beziehung ist zu beachten, daß die Walker die Kleider auf öffentlicher Straße trockneten. Pap. fr. un. § 4 de uia publ. 43, 10: Ἐπιμελείσθωσαν δὲ καὶ ὅπως πρὸ τῶν ἐργαστηρίων μηδὲν προκείμενον ᾖ, πλὴν ἐὰν κναφεὺς ἱμάτια ψύχῃ. Die Flickschneider mögen ihr Geschäft überhaupt auf öffentlicher Straße betrieben haben.

1. Die Hingabe der Kleider an einen Walker oder Flickschneider ist zunächst nicht als Konsensualkontrakt aufzufassen — siehe schon oben Erkl. 40 —, sondern fällt vor allen Dingen

unter den Gesichtspunkt des do ut reddas. So scheint noch Alfenus Varus, Konsul 715/39, die Sache anzusehen, wenn er sich auch des Ausdruckes locare schon bedient. Vgl. fr. 31 loc. cond. 19, 2: respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum uestimenta fulloni curanda locarentur. Der Hingeber hatte demnach die condictio ob causam datorum. Außerdem stand ihm als Eigentümer die furti actio zu, wie wir auch der angeführten Stelle entnehmen können: siue eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori.

2. Für die spätere Entwicklung ist bemerkenswert Gai. lib. 10 ad ed. prou. fr. 22 de praesc. uerb. 19, 5. Die Hingabe an den Walker und Flickschneider wird in verschiedene Rechtsgeschäfte zerlegt. Wenn die Arbeit unentgeltlich übernommen wird, haben wir das Mandat. Wird ein bestimmter Preis gezahlt oder ausgemacht, so liegt Miete vor. Ist kein bestimmter Preis festgestellt, ohne daß die Arbeit unentgeltlich geleistet werden soll, so befinden wir uns auf dem Standpunkte des einfachen do ut reddas, und Gajus tritt hier für eine actio in factum ein: placet de nouo negotio in factum dandum esse iudicium. Das weiter folgende id est praescriptis uerbis wird interpoliert sein: Präscriptio und Pactum S. 77; Lenel n. 244.

3. Nach III, 205 haben Walker und Flickschneider die furti actio nur beim Geschäft certa mercede, also haben wir uns um das Mandat und das bloße do ut reddas nicht weiter zu bekümmern. Wohl aber ist die furti actio des Eigentümers noch weiter zu verfolgen.

4. In letzterer Beziehung verdient zunächst Beachtung Iau. Labeo fr. 91 pr. de furt. 47, 2. Fullo actione locati de domino liberatus est: negat eum furti recte acturum Labeo. Item si furti egisset, priusquam ex locato cum eo ageretur et, antequam de furto iudicaretur, locati actione liberatus esset, et fur ab eo absolui debet. Quod si nihil eorum ante accidisset, furem ei condemnari opor-

tere. Haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest.

Der Walker ist von seinem Kunden aus dem Mietsvertrage verklagt worden. Der Kunde ist mit seiner Klage abgewiesen. Die strenge Haftung wegen custodia scheint Labeo noch nicht gekannt zu haben. Jetzt steht dem Walker die furti actio nicht mehr zu. Wohl aber wird die furti actio dem Eigentümer nicht zu versagen sein.

Der Walker hat den Dieb verklagt, der Kunde den Walker. Der Kunde wird mit seiner Klage abgewiesen, ehe der Dieb verurteilt worden. Hier ist der Dieb freizusprechen, weil dem Walker das Interesse fehlt.

Hat aber der Kunde den Walker gar nicht verklagt, oder ist er mit seiner Klage noch nicht abgewiesen, so muß der Dieb dem Walker verurteilt werden.

Was von einer Abweisung der Klage, muß ebenso von dem Falle gelten, wenn der Kunde auf sein Klagerecht dem Walker gegenüber verzichtet. Vgl. Paul. fr. 54 § 1 de furt. 47, 2 und F. Mommsen, Erörterungen Heft 1 S. 92.

In erster Linie scheint man es den Beteiligten überlassen zu haben, wer von ihnen klagen wolle und wie zu klagen sei: ob der Kunde oder Walker gegen den Dieb, oder ob der Kunde gegen den Walker aus dem Rechtsgeschäft. Vielleicht, um seinen Kunden zu beruhigen, erbot sich der Walker dazu, den Dieb zu verklagen. Dann hing es weiter vom Richter ab: wem die Klage zustehen solle. Und in dieser Beziehung macht sich der Interessestandpunkt geltend. Von einer custodia-Haftung des Walkers wird noch nichts abhängig gemacht.

5. Eine andere Stelle von Labeo-Javolen ist fr. 60 § 2 Loc. 19, 2: Vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere uis; agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis aduersus furem magis agere et ab eo tuas res consequi. Von dem, was folgt, ist meines Erachtens interpoliert fullonis uidelicet sumptibus. Dafür spricht das uidelicet: nach Kalb, Juristen-

latein S. 82 und R. J. S. 142 Anm. 4 ein Justinianismus. Anton Faber, Coniecturarum lib. 11 cap. 1 pag. 3 behauptet Interpolation schon von sed iudicem aestimaturum an bis zum Schlusse des § 2. Derselben Ansicht Gradenwitz, Interpolationen S. 29. Dazu neigt auch Eisele, Z. R.G. Bd. 24 S. 21. Ferner spricht sich für eine Interpolation in weitem Umfange aus Fritz Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 60 flg. Freilich aus andern Gründen wie Gradenwitz und Eisele. Für Fritz Schulz ist allein entscheidend der Widerspruch mit Gajus III, 205. Ich trete in einem gewissen Umfange für Echtheit ein. Denn soweit ich die Stelle ausgeschrieben habe, entspricht sie ganz der Javolen-Labeoschen Gedankenentwicklung, die uns in dem besprochenen fr. 91 pr. entgegengetreten ist. Möglich allerdings, daß vor oder bei sed iudicem gestrichen worden: siehe Fritz Schulz S. 61 Anm. 1.

Der Kunde hat den Walker verklagt, dem die Kleider abhanden gekommen sind: perdidit. Vielleicht etwas zu eng ist die Wiedergabe dieses perdere bei Heumann-Seckel S. 418 mit 'bestohlen werden'. Um ein bloßes Klagenkönnen handelt es sich nicht. Es ist bereits zur Litis Contestatio gekommen. Soll der Richter verurteilen oder nicht? Der Walker wendet ein: deine Sache hat der Titius, laß sie dir doch von dem geben. Der Richter wird die Sache näher prüfen und je nach der Sachlage entweder den Walker verurteilen oder freisprechen. Einen ähnlichen Fall bespricht auch Celsus bei Ulp. fr. 7 pr. comm. 13, 6.

Also ohne weiteres haftet der Walker noch nicht für gestohlene Sachen. Aber der Eigentümer kann auch den Dieb belangen. Und beim adversus furem agere ist jedenfalls an die furti actio mitzudenken.

6. Aus Geschäftsinteresse — damit es nicht heißt 'von dem Walker, Flickschneider Lucius Titius bekommt man seine Sachen auch nicht wieder' — werden sich die Walker und Flickschneider häufig veranlaßt gesehen haben, für abhanden gekommene Sachen ohne weiteres Entschädigung zu zahlen. Damit

wäre dem Satze die Bahn gebrochen: für abhanden gekommene Sachen muß der Walker, Flickschneider einstehen. Ein solcher Fall tritt uns entgegen bei Ulpian=Cassius fr. 2 de cond. sine causa 12, 7 und Gajus fr. 25 § 8 loc. 19, 2. In der ersteren Stelle scheint der Formelbestandteil, auf den das sic einmal hinwies, gestrichen zu sein. Nach letzterer Stelle kann der Walker und Flickschneider verlangen, daß ihm die Vindikation und Condictio abgetreten werde.

7. Haben Walker und Flickschneider die ihnen übergebenen Sachen in eigenen Gebrauch genommen oder an andere verliehen, so liegt furtum usus vor: Paul. sent. 2, 31 § 29; fr. 83 pr.; Ulp. fr. 48 § 4 de furtis 47, 2. Vgl. Erkl. 70 unter 4.

8. Während Labeo und Javolen fr. 91 pr. de furt. 47, 2 allgemein von einem Interesse des Walkers reden, nimmt dieses Interesse bestimmtere und engere Gestalt an bei Gai. lib. 5 ad ed. prou. fr. 5 pr. nautae 4, 9: custodiae nomine ex locato tenentur; fr. 40 loc. cond. 19, 2: Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei.

Beide Stellen sind entnommen dem Kommentare zum Provinzialedikt. Die custodia=Haftung des Walkers und Flickschneiders wird zusammengestellt mit der des nauta et caupo et stabularius.

Das receptum der nautae wie der argentarii wird griechischen Ursprunges sein: Partsch, Z.R.G. Bd. 42 S. 422. Ob vielleicht auch der Ursprung der custodia=Haftung in den griechischen Provinzen zu suchen? Kübler, Utilitätsprinzip S. 31 Anm. 2 erblickt in der schärferen Haftung des Walkers und Flickschneiders 'eine Besonderheit des römischen Rechtes, welche wohl von der Jurisprudenz herausgebildet war'.

Dem Sonderrecht stimme ich zu. Damit dürfte sich aber ganz gut vertragen der fremdrechtliche Ursprung. Denn da die strenge Haftung der beiden Handwerker mit voller Bestimmtheit uns gerade in dem Kommentar des Gajus zum Provinzialedikt entgegentritt, könnte sich in der betreffenden Provinz sehr wohl auch insoweit einheimisches Recht dem römischen gegenüber

behauptet haben, das sich diesem dann als ein Sonderrecht angliederte.

Bei F. Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 62 heißt es: 'Fullo und sarcinator sind Schulbeispiele, nicht Ausnahmefälle der Werkmiete'. Er beruft sich auf Ulp. ad Sab. fr. 14 § 17 de furtis 47, 2.

Allein bereits Kr. Dig.[11] erklärt den Schlußsatz für Justinianisch; ihm folgt Beseler, Beitr. 3 S. 22. Anders denkt freilich über den Schlußsatz F. Schulz in Grünhuts Ztschr. Bd. 38 S. 22 flg.

Dieser Schlußsatz lautet: et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri nauis: nam his damus furti actionem, si sint soluendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet.

Diese Gleichstellung mit dem caupo und magister nauis wäre demnach erst für die nachklassische Zeit bezeugt.

Es sind aber noch sonstige Aenderungen mit der Stelle vorgenommen, wie der Zusammenhang ergibt.

Es handelt sich um einen Brief, der überbracht werden sollte, aber gestohlen wurde. Wer hat die furti actio? Zunächst der Eigentümer. Daneben kommt in Betracht das Interesse: is cuius interfuit eam non subripi, id est ad cuius utilitatem pertinebunt ea quae scripta sunt. Der Uebergang zum Interesse kommt etwas plötzlich, es könnte hier gestrichen sein.

Vom Standpunkte des Interesse taucht die Frage auf, ob auch demjenigen die furti actio zustehe, der die Ueberbringung des Briefes übernahm: et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit. Man bemerke das etiam. Der Ueberbringer käme nur als ein Auchkläger in Betracht, nicht notwendig als ein Alleinkläger.

Die Antwort lautet: et si [custodia eius ad eum pertineat, potest: sed et si] interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. Das in [ ] Gefaßte wird später

eingeschoben sein, da es den Zusammenhang stört. Die Frage bezieht sich nur auf das Interesse.

Dann wird angegeben, wann ein solches Interesse vorliegt: finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretue; potest habere furti actionem [uel si custodiam eius rei recepit uel mercedem perferendae accipit]. Das in [ ] Gefaßte wird wiederum später eingefügt sein. Dafür spricht mit das unpassende rei für epistulae.

Diesem zufolge könnte man in den beiden Handwerkern höchstens für die nachklassische Zeit Schulbeispiele erblicken wollen; für die klassische Zeit haben wir ein Sonderrecht anzunehmen.

KrVJSchr. Bd. 50 S. 41 wird von F. Schulz weiter angeführt Gai. fr. 25 § 7 loc. cond. 19, 2. Hier halte ich mit Lusignani den Satz culpa autem . . fuisset für spätere Einfügung.

9. Eine nähere Erörterung erfordert Ulp. ad Sab. fr. 10. fr. 12 pr. de furtis 47, 2. Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet. Itaque fullo qui curanda poliendaue uestimenta accepit, semper agit: praestare enim custodiam debet. Si autem soluendo non est, ad dominum actio redit: nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est.

Mit dem semper steht der letzte Satz in Widerspruch. Die Klage wird ihm entzogen si soluendo non est. Ferner ist die Begründung unrichtig, daß der zahlungsunfähige Walker an der Wiedererlangung kein Interesse habe. Er ist doch immerhin verpflichtet, kann wieder zu Kräften kommen; ferner ist die Schuldhaft zu berücksichtigen. Auf diesen letztern Punkt macht schon aufmerksam Beseler, Beiträge 3 S. 190, der sich aber darauf beschränkt, bloß die Begründung nam . . nihil est zu verdächtigen.

Dieser Widerspruch und diese schwache Begründung legen mir schon den Gedanken nahe: der letzte Satz von Si autem

an ist interpoliert. Dazu kommt, daß das ad dominum actio redit lebhaft erinnert an das ad dominum reuerti und die actio ambulatoria in c. 22 § 1b de furtis 6, 2 vom Jahre 530. Statt dessen hat man bisher vorzugsweise am semper Anstoß genommen; so auch Fritz Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 60; gehalten wird es von Bruckner, Custodia S. 116. Mommsen sucht dadurch zu helfen, daß er si soluendo est vor semper einschiebt.

Meines Erachtens ist der Widerspruch erst entstanden durch Anfügung des Schlußsatzes. Dafür spricht insonderheit, daß die Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit eine recht junge Rechtsbildung sein dürfte: siehe die folgende Erklärung 81.

Trotzdem braucht das semper noch keineswegs auf Ulpian zurückzugehen. Wir könnten ja eine doppelte Interpolation vor uns haben. Das semper agit ist doch eine merkwürdige Ausdrucksweise. Dem Zusammenhang nach hätte man erwarte: semper agere potest oder wenigstens semper recte agit.

Mit diesem semper agit ist in der Tat eine Verallgemeinerung angestrebt. Aber anderer Art. Darauf weist uns hin der sich unmittelbar anschließende Satz: praestare enim custodiam debet.

Es ist nämlich gar nicht unmöglich, daß Ulpian beim Walker und Flickschneider von einer Haftung für custodia noch gar nichts wissen wollte. Er fuhr vielleicht nach accepit so fort: actionem furti habet, si eius interest; hoc est, si culpa fullonis res subrepta sit.

Demnach wäre die verallgemeinernde Interpolation, die den Walker und Flickschneider für custodia haften ließ, der einschränkenden, die Zahlungsfähigkeit des Walkers und Flickschneiders verlangte, voraufgegangen.

10. Das Walkergeschäft konnte auch von Sklaven betrieben werden. Bei Iau. fr. 28 de reb. dub. 34, 5 erscheint ein solcher Sklave als Gegenstand eines Vermächtnisses. Hat der Sklave es an der nötigen Obhut fehlen lassen, so geht gegen den Herrn die de peculio actio. Diese setzt aber vor-

aus, daß das Peculium einen Inhalt hat. Wann hat demnach ein solcher Herr die furti actio? Die mangelnde Obhut des Sklaven allein reicht nicht aus, es muß auch das Peculium zahlungsfähig sein. Ulp. fr. 52 § 9 de furtis 47, 2: et si quidem peculium serui soluendo sit, potes habere furti actionem; si non fuerit soluendo, dicendum est non competere furti actionem.

Hier hat es allerdings einen Sinn, die furti actio von einer Zahlungsfähigkeit abhängig zu machen. Und es ist sehr wohl möglich, daß sich die nachklassische Wissenschaft an Stellen dieser Art mitanlehnte, als sie den Satz aufstellte: daß nur dem zahlungsfähigen Walker die furti actio zustehe.

11. Die furti actio bringt dem Walker und Flickschneider vielleicht mehr ein, als er seinem Kunden hat ersetzen müssen. Das soll sein Vorteil sein. Gai. libro decimo ad edictum prouinciale fr. 6 loc. cond. 19, 2: Is qui rem conduxerit non cogitur restituere id quod rei nomine furti actione consecutus est. Im 10. Buche seines Kommentares zum Provinzialedikt beschäftigte sich Gajus mit dem Walker und Flickschneider: fr. 22 de praesc. uerb. 19, 5. Dieser Vorteil soll ein Ausgleich dafür sein, daß Walker und Flickschneider die Gefahr tragen. Vgl. F. Mommsen, Erörterungen Heft 1 S. 90 flg.

12. Der Walker haftete: mochte er nun selber oder sein Institor den Vertrag abgeschlossen haben. Daß ein Prokurator die Sachen annahm, war nicht ausreichend: Ulp. fr. 5 § 10 de inst. act. 14, 3. Unter Prokurator scheint hier jemand verstanden zu sein, der zum Abschluß von Geschäften keine Vollmacht hatte. Im übrigen kann ich mich auf diese vielbesprochene Stelle nicht näher einlassen: zumal mir zweifelhaft ist, ob Ulpian beim Walker schon für die strenge custodia-Haftung eintrat. Vgl. zu der Stelle Thöl, Handelsrecht Bd. 1[2] § 33 Anm. 4 und neuerdings Rabel, Ein Ruhmesblatt Papinians in Festschrift für Zitelmann S. 13 flg.

13. Diesem allem zufolge sind wir für die vom Walker

und Flickschneider zu leistende Obhut zu folgenden Ergebnissen gelangt.

Ich nahm meinen Ausgang von dem Labeo-Javolenschen Standpunkte in fr. 91 pr. de furt. 47, 2 und fr. 60 § 2 loc. 19, 2. Zunächst bleibt es den Beteiligten überlassen, wer von ihnen klagen will. Bei der Frage, wer durchdringt, macht sich das richterliche Ermessen geltend. Die Berechtigung des Walkers zur Anstellung der furti actio wird von dessen Interesse abhängig gemacht. Daß er für custodia aufkommen müsse, davon ist noch keine Rede.

Der custodia-Haftung begegnen wir zuerst bei Gajus. Einmal in seinen Institutionen und dann in seinem Kommentare zum Provinzialedikt lib. 5 fr. 5 pr. nautae 4, 9; fr. 40 loc. cond. 19, 2. Das 8. Buch zum Ediktskommentar ist geschrieben nach dem Jahre 148: siehe Rtsgel. Gajus S. 3. Das 5. Buch zum Ediktskommentar könnte demnach schon älter sein als die Institutionenvorlesung. Aus dieser Haftung wird hergeleitet, daß Walker und Flickschneider für abhandene, insonderheit gestohlene Sachen aufkommen müssen. Und daraus wird weiter gefolgert, daß neben dem Eigentümer auch Walker und Flickschneider zur Anstellung der furti actio berechtigt sind.

Wird das Geschäft von einem Sklaven betrieben, so geht gegen den Herrn die de peculio actio, wenn der Sklave es an der nötigen Obhut hat fehlen lassen. Diese Klage ist dann aber von einer weiteren Voraussetzung abhängig, daß Zahlung aus dem Peculium möglich.

Diese Zahlungsfähigkeit als Voraussetzung der aus dem Mietsvertrage zustehenden Klage finden wir nun auch bei dem freien Walker und Flickschneider. Es scheint aber dieser Satz erst auf Interpolation zu beruhen.

14. Wie ich F. Schulz KrVJSchr. Bd. 50 S. 34 flg. entnehme, hat schon Luigi Lusignani Javolenus-Labeo fr. 91 pr. de furtis 47, 2 zu folgender Schlußfolgerung benutzt: 'würde der fullo unbedingt für niedern Zufall haften, so müßte er, wenn ihm die Sache entwendet und er mit der

actio locati vom Eigentümer belangt worden ist, immer verurteilt werden, da das furtum ja immer niederer Zufall, niemals höhere Gewalt sein könne; nun wird er aber in unserer Entscheidung freigesprochen, also könne der fullo nicht für niedern Zufall gehaftet haben, die Freisprechung könne sich allein auf das fehlende Verschulden des Walkers stützen'.

Diese Schlußfolgerung sucht F. Schulz dadurch zu entkräften, daß er auf ein Abhandenkommen der Sache 'durch Bandenraub, höhere Gewalt' hinweist. Und schon nach Bruckner S. 195 soll Labeo derartige Fälle im Auge gehabt haben.

Nun ist allerdings die Zulässigkeit der furti actio wegen geraubter Sachen nicht zu bezweifeln: siehe Ulp. fr. 2 § 26 ui bon. rapt. 47, 8. Ebensowenig die Möglichkeit, an die F. Schulz weiter denkt: 'daß der fullo sich auf eine Abrede berufen hätte, nach der ihm die custodia-Haftung erlassen worden war'. Aber weder auf das eine noch das andere dürfen wir uns beschränken, da die Stelle allgemein von einem furti agere, einer furti actio handelt.

Im ganzen und großen halte ich demnach die Schlußfolgerung des Luigi Lusignani für richtig.

Weiter behauptet dieser Schriftsteller, daß noch in späterer Zeit Walker und Flickschneider nur für Verschulden verantwortlich gewesen seien; während F. Schulz diesen seinen Beweis 'gründlich mißglückt' nennt.

Diese schroffe Ablehnung vermag ich ebenfalls nicht zu billigen. Allerdings mit Gai. fr. 5 pr. nautae 4, 9 hat Lusignani es allzu leicht genommen. Aber andererseits ist mir fraglich, ob Ulpian schon für custodia-Haftung eintrat. Bei Ulp. ad Sab. fr. 12 pr. de furt. 47, 2, wird der Satz praestare enim custodiam debet auf Interpolation beruhen. Dasselbe gilt von dem Satze quia custodia rei ad te pertinet bei Ulp. ad Sab. fr. 48 § 4 ebenda, worauf ich Erkl. 82 zurückkommen werde.

F. Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 59 entwickelt freilich die Ansicht: daß Gajus III, 205 uns einerseits über das klassische

Recht unterrichte, während andererseits 'in der Kompilation auch Walker und Schneider nur für Sorgfalt einstehen sollen'.

Wenn es aber noch als fraglich erscheint, ob Ulpian hier für custodia-Haftung eintrat, wäre doch auch mit der Möglichkeit zu rechnen: daß Gajus dem klassischen Rechte gegenüber einen abweichenden Standpunkt einnahm. Das würde wieder sehr gut passen zu dem fremdrechtlichen Ursprung dieser Haftung.

In der Kompilation ist aber jedenfalls die Ansicht des Gajus zur Herrschaft gelangt. Dies wird deutlich bewiesen durch I. I. IV, 1 § 15. Wenn Schulz meint, diese Ausführungen seien 'unbedachterweise' aufgenommen, so bedarf diese Behauptung wohl keiner Widerlegung. Gar nichts wird ferner bewiesen durch seine Berufung auf Ulp. fr. 23 de reg. iur. 50, 17. Und was ferner das vorgeführte schol. 1 zu Bas. 60, 12 cap. 12 pr. anbetrifft, so ist dasselbe zwiespältiger Natur. Im Text der Bas. heißt es ausdrücklich: χρεωστεῖ γὰρ ἀκριβεστάτην φυλακήν. Dem entspricht zunächst schol. 1 bis zum Satze: ὅπου γὰρ ἡ ζημία, ἐκεῖ καὶ τὸ κέρδος. Dann wird aber eine entgegengesetzte Meinung entwickelt: μὴ ἐκ τούτου δὲ νομίσῃς κ. τ. λ. Es hat vielleicht das Recht der Basiliken später eine Aenderung erfahren. Jedenfalls kümmern uns die Schicksale der Basiliken hier nicht weiter.

81. Die furti actio dem Eigentümer abgesprochen. III, 205a.

Die furti actio wird dem Eigentümer abgesprochen, wenn Walker und Flickschneider zahlungsfähige Leute seien. Der Satz kehrt wieder, wenn auch in abgekürzter Gestalt I. I. IV, 1 § 15. Man scheint ihn bisher kaum beanstandet zu haben. Daß er nachgajanisch sei, wurde bereits bemerkt: siehe Erkl. 80 unter 9. F. Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 59 erblickt in demselben klassisches Recht, tadelt aber die Verfasser der Justinianschen Institutionen, daß sie diese Ausführungen unverändert auf-

nahmen, da das zum spätern Recht nicht stimme. In dieser Beziehung bedarf es noch einer sachlichen Nachprüfung.

1. Die furti actio wird dem Eigentümer versagt bei Zahlungsfähigkeit des Walkers oder Flickschneiders: weil er daran kein Interesse habe. Der Grund ist kaum richtig; vielmehr dürfte auch hier zutreffen, wie in einem ähnlichen Falle sich ausdrückt Ulp. fr. 12 § 2 de furtis 47, 2: quia utriusque interest.

Einmal ist es doch immer besser, zwei Schuldner zu haben statt eines einzigen. Aber auch im übrigen wird die Lage des bestohlenen Eigentümers wesentlich verschlechtert.

2. Dem bestohlenen Eigentümer wird die furti actio versagt: cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi posset.

Diese locati actio ihrer ganzen Anlage nach gewährt dem Kläger nicht mehr als einfachen Schadensersatz. Sie ist nach Lenel, Ed.² S. 290 gerichtet auf quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona.

Es entgeht dem bestohlenen Eigentümer einmal der Vorteil des Doppelten. Ferner stehen einem so Bestohlenen noch andere Klagen zu Gebote. Vgl. Ulp. fr. 7 § 1 de cond. furt. 13, 1: habet actionem furti et condictionem et uindicationem, habet et ad exhibendum actionem. Wenn aber das mit der locati actio zu Erlangende ausreicht zum suum consequi, so ist der Anspruch des Klägers damit gleichzeitig erschöpft: insonderheit ist ihm sein dinglicher Anspruch ganz verloren gegangen.

3. Einem ähnlichen Falle sind wir bereits beim Faustpfandgläubiger begegnet: siehe Erkl. 79 unter I, 7. Bei Theoph. IV, 1 § 14 wird die furti actio dem Pfandgläubiger nicht bloß zugesprochen, sondern dem Eigentümer sogar abgesprochen: τίνι δοθήσεται ἡ ἀγωγή; καὶ λέγομεν ὅτι τῷ creditori . . οὐκοῦν αὐτῷ δοθήσεται εἰκότως ἡ ἀγωγὴ καὶ οὐκ ἐμοὶ τῷ δεσπότῃ. Begründung: ἐπειδὴ αὐτῷ διαφέρει.

Das wäre dieselbe Begründung, wie sie unsere Stelle

beim Walker und Flickschneider bringt; nur daß hier die Begründung noch etwas bestimmter lautet.

Wie aber Theophilus in Widerspruch tritt zum klassischen Recht, insonderheit zu Ulp. fr. 46 § 4 de furt. 47, 2: so könnte auch unser § 205a bereits der nachklassischen Zeit angehören.

Was Theophilus behauptet, wird schwerlich von ihm erfunden sein; und wenn der von ihm gebrachte Satz insonderheit zum klassischen römischen Recht nicht passen will: so wäre an sich eine doppelte Möglichkeit gegeben, entweder hat sich das römische Recht aus sich selber nach dieser Richtung entwickelt, oder es unterlag der Einwirkung fremder Rechte.

Schon Erkl. 80 unter 8 warf ich die Frage auf: ob am Ende der Ursprung der custodia-Haftung in den griechischen Provinzen zu suchen sei. Jedenfalls macht auf mich die custodia ganz den Eindruck eines Fremdkörpers, der sich erst später den römischen Begriffen dolus und culpa angeschlossen hat, ohne je vollständig mit ihnen zu verwachsen.

Die Sachlage ist diese. Der Eigentümer hat eine Sache verpfändet, sie wird dem Gläubiger gestohlen: der Eigentümer muß zufrieden sein mit einer persönlichen Klage gegen den Pfandgläubiger, während diesem die furti actio gewährt wird. Ebenso verhält es sich beim Walker und Flickschneider.

4. Nun tritt uns noch ein dritter Fall dieser Art entgegen bei Ulp. lib. 38 ad ed. fr. 1 § 4 furti adu. naut. 47. 5. Quod si receperit saluum fore caupo uel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit.

F. Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 69 hält diese Stelle für echt, und ich habe ebenfalls keine Veranlassung, an der Echtheit zu zweifeln. Die Stelle bereitet aber Schwierigkeiten, weil sie mit andern in Widerspruch steht.

So heißt es bei Ulp. lib. 14 ad ed. fr. 3 § 5 nautae 4, 9: Nouissime uidendum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et

Pomponius dubitat, sed magis est, ut uel officio iudicis uel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.

Nach meinem Dafürhalten haben wir hier ein Stück Entwicklungsgeschichte vor uns. Pomponius ist noch zweifelhaft: ob dem Eigentümer, der Sachen aufs Schiff gebracht hat, neben der Klage aus dem Versprechen nicht auch die furti actio zu gewähren sei. Ulpian meint: mit einer von beiden Klagen müsse er zufrieden sein. Auf den Standpunkt, den Ulpian im 38. Buche seines Ediktskommentares einnimmt, daß dem Eigentümer die furti actio zugunsten des Reeders zu versagen sei, war also Ulpian im 14. Buche des Kommentares noch nicht angelangt.

Hieran anschließend bemerkt Paul. fr. 4 pr.: Sed et ipsi nautae furti actio competit, cuius sit periculo, nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur, aut alio subripiente ipse nauta soluendo non sit.

Paulus gewährt die furti actio auch dem Reeder, vermutlich neben dem Eigentümer; wird sie also diesem nicht versagt haben. Der Satz, daß die furti actio dem Eigentümer nicht zustehe, ginge demnach erst zurück auf das 38. Buch des Ulpianschen Ediktskommentares.

F. Schulz nimmt freilich den in Frage kommenden Stellen gegenüber eine wesentlich andere Stellung ein. Der ganze mit Nouissime beginnende § 5 soll interpoliert sein. In bezug auf den Schluß von uel officio an stimmt mit ihm überein Paul Krüger. Die Paulusstelle hält F. Schulz nur in dieser Weise für echt: nautae furti actio competit, cum eius sit periculo, nisi si soluendo non sit. Ich möchte nun gerade den Schluß aut alio subripiente ipse nauta soluendo non sit beanstanden, da Ulpian lib. 38 ad ed. von der Zahlungsfähigkeit des Reeders noch nichts abhängig macht.

Die Art, wie F. Schulz seine Interpolationen zu rechtfertigen sucht, kommt mir gar zu künstlich vor. Insonderheit vermag ich nicht einzusehen, weshalb fr. 3 § 5 D. 4, 9 wegen des Widerspruchs mit fr. 1 § 4 D. 47, 5 für interpoliert zu

erachten sei. Und wenn ihm bei Paulus die Zahlungsunfähigkeit in diesem Zusammenhange nicht passen will, so hätte es doch am nächsten gelegen, den Schlußsatz aut alio . . soluendo non sit selber zu verdächtigen.

Ist meine Ansicht die richtige, so könnten wir den Ausgangspunkt für solche Zurücksetzung des Eigentümers gegenüber einem persönlich Verpflichteten im receptum zu suchen haben. Dieses receptum ist ein Gebilde des See- und Handelsrechtes. Das rückt das Eingreifen fremder Rechtsanschauung schon an sich näher.

Wir stehen hier nämlich vor einer Auffassung, die sich mit römischen Anschauungen schwer vereinigen läßt, wenngleich schon von römischer Seite eine Begründung versucht worden. Man hat den Interessenbegriff zu Hilfe genommen, der aber gar nicht recht passen will. Somit entsteht denn die Frage: wo finden wir aber dieses fremde Recht?

5. Ich gehe zurück auf die Anefangsklage. Ueber dieselbe bemerkt Brunner, Deutsche Rechtsgesch. Bd. 2 S. 509: 'Die Anefangsklage war nicht sowohl eine Klage des Eigentümers als vielmehr desjenigen, der die Sache in Gewahrsam hatte, ehe sie ihm durch Raub oder Diebstahl abhanden kam. Wurde die Sache nicht dem Eigentümer, sondern einer treuen Hand gestohlen, in die er sie gelegt hatte, so war nur diese in der Lage, den Anefang durchzuführen und die Diebstahlsbuße in Anspruch zu nehmen'.

In Anlehnung an Brunner bemerkt Gierke, Deutsches Privatrt. Bd. 2 S. 553 flg.: 'Unfreiwilliger Verlust der Gewere begründet die gegen jeden Dritten zulässige Fahrnisklage auf Herausgabe der Sache. Sie entstammt dem uralten Verfahren der Diebstahlsermittlung durch Spurfolge und Anefang. . . Die Klage gebührt nicht bloß dem Eigentümer, sondern jedem, der die Sache in seiner Gewere gehabt und die Gewere wider Willen verloren hat'. Brunner beruft sich auf langobardisches Recht, und zwar Liutprandi leges anni XXI = 733 nach Chr. cap. 131: et nos ita statuimus, et diffinimus, ut qui res

alienas comendatas susceperent, et eas perdederit, restituat res ipsas cui fuerent; et si postea ipse furtus inuentus fuerit, ei conponat ipse fur, de cuius casam ipsas res rapuit aut furauit.

Wir stoßen hier auf ein neues Beispiel, das Gajus erst im § 206 bringt und mit dem ich mich in der folgenden Erklärung vom römischen Standpunkte aus näher beschäftigen werde. Dem Entleiher sind die geliehenen Sachen abhanden gekommen, vielleicht gestohlen, perdederit; er hat sie dem Eigentümer, von dem er sie geliehen, zu ersetzen: restituat res ipsas cui fuerent. Dieses restituat beschränkt sich nicht auf Hingabe der wirklichen Sachen, sondern umfaßt jedenfalls mit die Entschädigung: denn es wird ja mit der Möglichkeit gerechnet, daß der Diebstahl noch gar nicht feststand, der Dieb noch gar nicht gefunden war. Die Restitutionspflicht knüpft sich zunächst an das perdederit, das Abhandenkommen. Wenn es heißt restituat res ipsas, so soll durch das res ipsas nicht etwa der Anspruch auf Entschädigung in Geld ausgeschlossen, sondern nur der Gegensatz zur Buße angedeutet werden. Römisch ausgedrückt: der Verleiher hält sich mit der commodati actio an den Entleiher. Ist aber der Dieb später ausfindig gemacht, so hat den Anspruch auf die Buße nicht der Eigentümer, sondern derjenige, bei dem gestohlen wurde. Römisch ausgedrückt: der Entleiher, nicht der Eigentümer hat die furti actio.

Begründet wird die Behandlung des Falles in folgender Weise: Ideoque sic nobis iustum fuit, ut ille qui res suas comendauit, recepiat eas ab ipso, de cuius casa perierunt, et ipse de cuius casam perierunt aut ipsum furtum exiuit, querat ad ipsum furonem conpositionem, et tollat sicut lex est, et ipse fur, licit malefactor sit, non habeat de una causa duas calomnias.

Der Eigentümer, welcher Sachen verleiht, muß sich wegen dieser Sache an den Entleiher halten. Er hat keine Klage gegen den dritten Besitzer. Hier gilt der Satz 'Hand muß

Hand wahren'. 'Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, mußt Du ihn suchen'.

Weiter haben wir mit der Tatsache zu rechnen: 'daß das deutsche Recht anders als das römische Recht . . das Wegnehmen aus dem Gewahrsam eines andern als begriffliches Merkmal des furtum betrachtet'. Siehe Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte[4] S. 198. Ist demnach die Sache nur dem Gewahrsam des Entleihers entwendet, so gebührt diesem Treuhänder die Buße: Herbert Meyer, Entwerung und Eigentum S. 31. Würde man dem Eigentümer ebenfalls diesen Anspruch gewähren, so müßte man den Dieb doppelt bestrafen.

6. Die Rechtsbildung, um die es sich hier handelt, gehört nicht erst dem achten Jahrhundert an, sondern reicht schon höher hinauf. Insonderheit dürfte mit Brunner anzuknüpfen sein an die leges Eurici fr. 280.

'Der codex Euricianus entstand wahrscheinlich um das Jahr 475 und sollte nicht bloß für Streitigkeiten zwischen Goten, sondern auch für solche zwischen Goten und Römern gelten': siehe Brunner, Grundzüge S. 49. Leider ist uns dieses Gesetzbuch nur bruchstückweise überliefert. Da es aber in späteren Volksrechten vielfach benutzt worden, läßt es sich auf Grund derselben zum Teil ergänzen. Für das angezogene fr. 280 kommen namentlich in Betracht Lex Visigothorum Reccessuindiana 5, 5 Antiqua 3 und lex Baiuuariorum 15, 4. Mit der Ueberschrift Antiqua wird hingewiesen auf Gesetze, die aus dem codex reuisus des Westgotenkönigs Leovigild, gestorben 586, herübergenommen sind.

Ferner liegt nach Brunner dieselbe Rechtsanschauung der lex Ribuaria 72, 8 zugrunde. Man wird sie daher als eine allen Volksrechten gemeinsame bezeichnen dürfen: Rauch, Spurfolge und Anefang S. 41.

Das fr. 280 des cod. Euricianus mit den Ergänzungen von Zeumer, soweit es uns berührt, lautet:

Si uero quae commen(data fu)erant furto probantur ablata, ei, (qui com)mendata susceperat, spatium tri(buatur), donec furem suam inuestigatione (perqui)rat. Et si eum inuenerit, commen(datori res proprias tantummodo reformare procuret; conpositio uero furti ad eum, qui habuit commendata, pertineat. Et si fur non fuerit intra statutum tempus inuentus, medietas rerum commendatarum domino a suscipiente reddatur); damnum uero ex medio uterque susteneant.

Zunächst wird durchaus von deutschrechtlichen Anschauungen ausgegangen. Dem Entleiher, welchem die geliehenen Sachen gestohlen sind, wird eine Frist gesetzt, den Dieb aufzuspüren. Gelingt ihm dies, so hat er die gestohlenen Sachen dem Eigentümer, der sie verlieh, zurückzugeben; dafür gebührt dem Entleiher die Diebstahlsbuße.

Wie aber, wenn der Entleiher den Dieb nicht ausfindig macht? Dann sollen Verleiher und Entleiher sich in den Schaden teilen: damnum uero ex medio uterque susteneant.

Diese letztere Bestimmung ist eine Abweichung sowohl vom germanischen wie römischen Recht. Nach dem römischen Recht der früheren klassischen Zeit war ein Entleiher für einen Diebstahl, den er nicht verschuldete, anscheinend auch nicht verantwortlich: siehe Erkl. 82 unter 6; dagegen nach altdeutschem Rechte mußte er selbst für solchen Diebstahl dem Verleiher aufkommen.

Vielleicht ist diese Bestimmung des Königs Eurich aufzufassen als eine Ausgleichung beider Rechte. Weder der eine noch der andere Teil sollen den Schaden ganz tragen, sondern beide ihn sich teilen.

7. Wie nun in der Gesetzgebung Königs Eurich deutsche Grundanschauung standgehalten hat römischem Rechte gegenüber, wäre es doch nicht undenkbar, wenn die fragliche Rechtsbildung sich auch anderswo im weiten römischen Reiche in nachklassischer Zeit sollte behauptet haben. Um so weniger, als bereits Gajus in seinem Kommentare zum Provinzialedikt die

custodia-Haftung des Walkers und Flickschneiders in Verbindung brachte mit dem receptum nautarum, cauponum, das ebenfalls als ein besonderes See- und Handelsrecht dem römischen Rechte gegenüber dasteht.

Daß deutsche Volksrechte auf römische Rechtsquellen eingewirkt haben, dafür fehlt es auch sonst nicht an Beispielen. Vgl. z. B. Paul. sent. 3, 4 A § 2; 5. 6 § 5; 1, 12 § 2 und dazu Pernice, Labeo Bd. 2² Abt. 1 S. 30 Anm. 5. Die letzte Stelle ist von P. Krüger im Text fortgelassen.

8. Die Ausgleichung zwischen römischer und germanischer Anschauung hat sich dann aber in den römischen Rechtsquellen in anderer Weise vollzogen. Die furti actio wird dem Eigentümer nicht unbedingt abgesprochen und dem Treuhänder zugesprochen, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der letztere eine zahlungsfähige Persönlichkeit sein sollte.

Somit gelangen wir zu einer doppelten Rechtsauffassung. Ist der Treuhänder zahlungsunfähig, so gilt nach wie vor das römische Recht. Der Eigentümer behält nicht bloß seine furti actio, sondern daneben die condictio furtiua, rei uindicatio, actio ad exhibendum. Ist dagegen der Treuhänder zahlungsfähig, so kommt der Satz zur Anwendung 'Hand muß Hand wahren'. Der Eigentümer bekommt seine Abfindung, damit muß er sich aber auch zufriedengeben; die furti actio gebührt dem Treuhänder.

82. Furti actio des Kommodatars. III, 206.

Die furti actio des Kommodatars hat den Römern viele Schwierigkeiten bereitet, insonderheit kam hierbei in Betracht das Verhältnis zwischen diesem und dem verleihenden Eigentümer.

Beschäftigt hat uns schon das Kommodat beim furtum usus und dem furtum suae rei. Im einen Falle wird ein furtum vom Entleiher dem Verleiher gegenüber begangen: siehe Erkl. 70; im andern Falle erscheint der Verleiher dem Entleiher gegenüber als fur: siehe Erkl. 73.

Von diesen Besonderheiten sehe ich hier im allgemeinen ab und beschränke mich auf das von Dritten begangene furtum.

1. Bei Gajus in seinem Lehrbuche begegnen wir folgender Gedankenentwicklung.

Die furti actio steht nicht bloß dem Eigentümer zu, sondern nach § 203 auch demjenigen, cuius interest rem saluam fore.

Diesem Interessestandpunkt wird § 204 zunächst untergeordnet ein bereits feststehender Satz: constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse.

Weiter werden angereiht der Walker und Flickschneider, die nach § 205 eine Arbeit mercede certa übernommen haben.

Ebenso soll nach § 206 dem Kommodatar die furti actio zustehen. Zwar bekomme ein solcher keinen Preis, aber der Gebrauch der Sache gewähre ihm doch einen Vorteil. Wegen dieses Vorteiles müsse er für custodia haften. Und diese Haftung begründe sein Interesse an der furti actio.

2. Diese Gedankenentwicklung des Gajus läßt sich noch vervollständigen durch einige Pandektenstellen.

Gai. lib. 5 ad ed. prou. fr. 5 pr. nautae 4, 9. Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia . . et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.

Gai. lib. 2 aur. fr. 1 § 4 de obl. et act. 44, 7: qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, ueluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est.

Gai. lib. 9 ad ed. prou. fr. 18 pr. comm. 13, 6. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit . . haec ita, si dumtaxat accipientis gratia com-

modata sit res, at si utriusque . . uidendum est, ne et culpa praestanda sit.

In der letzten Stelle nehmen Seckel bei Heumann S. 148 und Kübler, Utilitätsprinzip (Festgabe für Gierke) S. 10. 24 weitgehende Interpolationen an. Jedenfalls beweist der diligentissimus pater, daß nicht die gewöhnliche diligentia quam suis in Frage steht.

Das wären die Hauptstellen, als minder wichtig mögen noch genannt werden: fr. 18 §§ 2. 4 comm. 13, 6; fr. 13 § 1 de lib. causa 40, 12.

Diesen Stellen zufolge umfaßt die custodia auch die niedern, kleinen Zufälle, insonderheit den einfachen Diebstahl; die höhere Gewalt befreit. Diese strengere Haftung tritt aber nur dann ein, wenn die Leihe lediglich dem Entleiher zum Vorteil gereicht.

Der Vorteil des Entleihers wird auf gleiche Stufe gestellt mit dem Preise, den Walker und Flickschneider für ihre Arbeit erhalten. Und ebenso stehen da nauta, caupo, stabularius. Alle haften für custodia, obwohl sie den Preis hierfür gar nicht bekommen. Das setzt einen Rechtszustand voraus, wonach die Obhut auch für Geld übernommen werden konnte. Und wenn das zulässig, mußte es ebenfalls möglich sein, die Obhut zu übernehmen, ohne daß dafür Geld gezahlt wurde.

Wir kommen demnach zu dem Schlusse, daß die Berücksichtigung des Interesse gar nicht den Ausgangspunkt für die in Frage stehende Entwicklung zu bilden brauchte. In der Tat fehlt es dafür keineswegs an Spuren, daß man die strengere Haftung des Entleihers einmal auf andere Weise begründete.

3. Das älteste Zeugnis geht zurück auf Q. Mucius Scaevola, Konsul 659/95, gestorben 672/82. Darüber berichtet Ulp. fr. 5 § 3 comm. 13, 6. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo uerior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata

data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Der Entleiher hat aufzukommen für culpa und diligentia. Das Gegenteil von diligentia ist neglegentia. Wir werden demnach die culpa auf das positive Handeln beschränken können. Vgl. Hartmann, Obligation S. 229. Wesentlich abweichend ist freilich die Auffassung von M. Voigt, Bedeutungswechsel S. 17.

Die Abschätzung einer geliehenen Sache tritt uns auch entgegen bei Ulp. fr. 7 § 5 de don. i. u. et. ux. 24, 1. Und zwar 'erscheint das commodatum aestimatum datum als ein ganz gangbarer Vertrag': vgl. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 15 S. 390. Ein verwandtes Beispiel bringt schon Plautus capt. II, 2 u. 90. 101. 103 (337. 346. 348), auf das Ihering ebenfalls hinweist.

In unserm Falle bildet die aestimatio den Gegenstand von se praestaturum recepit. Das recepit in diesem Zusammenhange kann nur von einem 'versprechen' verstanden werden. Der Entleiher hat demnach versprochen, daß er die Schätzungssumme zahlen werde. Daraus wird gefolgert, daß er für jegliche Gefahr aufkommen müsse: omne periculum praestandum ab eo. Demnach würde ihn nicht einmal höhere Gewalt befreien.

Der Ausgangspunkt für die strengere Haftung des Entleihers ist mithin ein ganz ähnlicher wie beim receptum nautarum. Auch hier weist bei Ulp. fr. 1 pr. nautae 4, 9 das saluum fore receperint auf ein Versprechen hin. Und dieses Versprechen wird ebenfalls einmal die höhere Gewalt mitumfaßt haben, da Ulpian fr. 3 § 1 nautae für deren Ausscheidung sich auf Labeo beruft.

4. Vergleichen wir die Ansichten des Gajus und Q. Mucius miteinander, so stoßen wir auf folgende Verschiedenheiten.

Q. Mucius läßt den Entleiher an sich für culpa und diligentia haften. Wie weit diese diligentia im Sinne des Q. Mucius reichte, muß ich auf sich beruhen lassen. Erweitert

werden konnte diese Haftung durch ein auf Zahlung des Wertes gerichtetes Versprechen; und zwar machte ein solches Versprechen selbst für höhere Gewalt verantwortlich.

Nach Gajus bedarf es für eine strengere Haftung, die uns als eine besonders geartete custodia entgegentritt, keiner Verabredung; sie beschränkt sich aber auf den kleinen Zufall. Andererseits wird für diese strengere Haftung dem Entleiher die furti actio gewährt, wovon bei Q. Mucius noch keine Rede.

5. Q. Mucius beschränkte die Haftung des Entleihers, welche von Rechts wegen eintritt, auf culpa und diligentia; Gajus spricht von einer custodia in einem besondern Sinne. Eine Haftung für custodia kannten auch schon die ueteres: worunter wir in diesem Zusammenhange Rechtsgelehrte werden verstehen können, deren Tätigkeit noch in die Zeit der Republik hineinreichte.

Diese custodia ist zu betrachten als ein neuer Anbau, welcher sich der culpa und diligentia zugesellte. Der Gegensatz wäre dann darin zu suchen: daß wir die culpa und diligentia vor allen Dingen zu Handlungen bzw. Unterlassungen in Beziehung zu setzen hätten, welche auf die Sache unmittelbar einwirkten, indem sie deren Untergang bzw. eine Verschlechterung herbeiführten; während es sich bei der custodia zunächst nur um eine Hütung der Sache handelt.

So gedenkt Ulpian fr. 5 § 6 comm. einer Streitfrage bei den Alten: ob und wiefern ein geliehener Sklave zu hüten sei. Ferner teilt uns derselbe Ulpian fr. 5 § 9 comm. ein Gutachten der Alten mit: daß jemand, der sich eine Stute geliehen, auch das dieselbe begleitende Füllen zu hüten habe.

Wie weit sich diese Hütungspflicht, welche die Alten dem Entleiher auferlegten, ihrem Inhalte nach erstreckt haben mag, muß ich wiederum dahingestellt sein lassen. Befremdet hat mich aber eine Aeußerung von Seckel bei Heumann: 'Grade der custodia gibt es nicht'. Ich sollte meinen, daß die Hütung einer Sache in sehr verschiedener Weise möglich,

und daß in dieser Beziehung größere wie geringere Sorgfalt aufgewendet werden könne. Also braucht die custodia nicht zu allen Zeiten und bei allen Rechtsgelehrten denselben Umfang gehabt zu haben. Was insonderheit Gajus anbetrifft, so unterscheidet er fr. 2 § 1 de per. 18, 6 eine strengere custodia, die er plena nennt, ut fatale damnum uel uis magna sit excusatum, von einer solchen, ut . . praestet . . dolum dumtaxat.

Bei geliehenem Silbergeschirr, das abhanden gekommen, unterscheidet nach Ulp. fr. 5 § 14 comm. Labeo: multum interesse, custodem posui an non; si posui, ad me periculum spectare; si minus; ad eum penes quem relictum est. Ulpian ist anderer Ansicht: custodiam eum praestare debere, penes quem res relictae sunt.

Cartilius bei Ulp. fr. 5 § 13 comm. erörterte folgenden Fall. Es hat sich jemand einen Sklaven mit einer Schüssel geliehen; der Sklave verliert die Schüssel. Hier muß der Entleiher für den Schaden stehen. Anders verhält sich die Sache, wenn der Sklave mitsamt der Schüssel davonlief.

Ulp. fr. 5 § 15 comm. faßt die Haftung des Entleihers in die Worte: et dolum et culpam et diligentiam et custodiam . . praestare debere.

Unter custodia versteht Ulpian eine strengere Haftung in demselben Sinne wie Gajus. Darüber belehren uns namentlich die von Ulpian fr. 5 § 4 comm. vorgebrachten Beispiele.

Denselben Standpunkt treffen wir an bei Paulus sent. 2, 4 § 2; fr. 3 de per. et com. 18, 6. In der letzteren Stelle halten freilich den Schlußsatz für interpoliert: Seckel bei Heumann, dem Kr. Dig.[11] folgt, und F. Schulz mit Lusignani, KrVJSchr. Bd. 50 S. 89.

Aehnlich sprechen sich aus Diocl. et Max. fr. 1 de comm. 4, 23 vom Jahre 293.

6. Gajus nimmt für die Zuständigkeit der furti actio seinen Ausgang vom cuius interest rem saluam esse. Er beschränkt aber diesen Standpunkt und geht über zur custodia-

Haftung. Der Entleiher müsse custodiam praestare und hafte daher für den niedern Zufall. Damit ist zugleich sein Interesse abgegrenzt. Denn nicht jedes Interesse genügt, wie Julian bei Ulp. fr. 14 § 10 de furtis 47, 2 sehr bestimmt hervorhebt: neque enim, inquit, is cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem. Es kommt also an auf die Beschaffenheit des Interesse. Brauchte dieses Interesse nun gerade in einer Haftung für Zufall zu bestehen? In dieser Beziehung bietet die von Gajus versuchte Beweisführung eine Lücke dar.

Gajus leitet im § 206 über mit den Worten: Eadem transferemus et ad eum cui rem commodauimus. Diese Ausdrucksweise läßt nicht schließen auf einen feststehenden Rechtssatz, sieht vielmehr aus, als solle eine neue Ansicht begründet, bzw. eine zweifelhafte gestützt werden. Und diese neue bzw. zweifelhafte Ansicht bedürfte doch wohl noch der Prüfung.

Gajus verlangt ausdrücklich, daß die Leihe nur dem Entleiher Nutzen bringe, wenn er für custodia aufkommen soll. Haben beide Teile von der Leihe Vorteil, so soll die Haftung sich auf Verschulden beschränken. Also wäre in diesem Fall dem Entleiher die furti actio zu versagen.

Hier dürfte vielleicht Gajus mit sich selber in Widerspruch geraten.

Von seinem Interessestandpunkte aus wird zunächst als feststehender Satz mitgeteilt: constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse. Von einer Haftung für custodia, deren es bedürfe, ist gar keine Rede, und konnte füglich noch keine Rede sein, wenn meine Ausführungen richtig sind, daß die Haftung des Pfandgläubigers sich damals nicht über culpa hinaus erstreckte: siehe Erkl. 79 unter 6.

Wenn aber beim Pfandgläubiger das Verschulden ausreichte, warum nicht auch beim Entleiher?

Schon Julian war hiermit zufrieden. In dem bereits teilweise ausgeschriebenen fr. 14 § 10 folgen unmittelbar die

Worte: sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit.

Seckel bei Heumann erblickt freilich in diesem culpa eine Interpolation. Es ist allerdings vorher von custodia die Rede. Aber die Ansicht des Julian hätte doch auch die sein können: daß der Entleiher, was die Hütung der Sache anbetrifft, ebenfalls nur für Verschulden verantwortlich sei.

Mit Julian stimmte Celsus überein: quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat. Demnach könnte die custodia, für welche bei Ulp. fr. 5 § 15 com. 13, 6 nach Celsus in uehiculo commodato uel locato einzustehen war, ebenfalls als culpa aufzufassen sein. Die Stelle würde mithin keinen Beweis dafür abgeben: daß auch der Sachmieter für strenge custodia aufkommen mußte. Dies behauptet Seckel S. 117.

Pomp. ad Q. Mucium bemerkt fr. 16 de cond. furt. 13, 1: cum in commodati actione non facile ultra culpam . . teneatur is, cum quo . . agetur; und fr. 77 pr. de furtis 47, 2: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit. Ferner spricht sich Pomponius bei Ulp. fr. 14 § 8 de furt. 47, 2 über die Gestattung der furti actio dahin aus: si is cui commodaui dolo fecerit circa rem commodatam, agere eum furti non posse. Mithin wird er sie dem Entleiher bei Verschulden schon gewährt haben. Die beiden letzteren Stellen lauten bestimmter als die erste, vielleicht beruht hier das facile auf Interpolation.

Noch Mod. coll. 10, 2 § 1 kennt keine Haftung des Entleihers, die über Verschulden hinausginge. Es heißt hier: Commodati iudicio conuentus et culpam praestare cogitur, qui uero depositi conuenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est; commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas interuenit, utrumque praestatur.

Man hat hier freilich Anstoß genommen an dem Satze quia utriusque contrahentis utilitas interuenit, weil die

Begründung nicht zu stimmen scheint mit Gai. fr. 18 pr. comm. 13, 6 si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque.

Meines Erachtens hat bereits Huschke, Iurispr. Anteiust.[4] S. 659 die Stelle ganz richtig erklärt. Wenn auch die Leihe dem Verleiher keinen unmittelbaren Vorteil verschafft, so hat er doch an sich schon ein Interesse daran, daß die Sache erhalten bleibt und nicht verloren geht: mag er nun sein Eigentum oder eine fremde Sache verliehen haben. Die Leihe unterscheidet sich demnach wesentlich von der Hinterlegung, an deren Abschluß im allgemeinen lediglich der Hinterlegende ein Interesse hat. Deshalb haftet der Verwahrer nur für Dolus, der Entleiher auch für Culpa.

Kübler, Utilitätsprinzip ist bemüht, den Ausspruch Modestins mit Gai. III, 206 in Einklang zu bringen: in diesem Zusammenhang genügte es, 'die Culpahaftung des Kommodatars zu erwähnen'. Aber so gut wir nach § 2 die Regel in den übrigen Fällen auf die Culpa beschränken müssen, sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: wird dies auch für die Leihe anzunehmen sein. Um so mehr, als Leihe und Hinterlegung noch einmal § 4 in dieser Weise einander gegenübergestellt werden: alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur.

7. Die strenge Haftung des Entleihers wurde ursprünglich begründet durch ein Versprechen aestimationem se praestaturum. Dieses Versprechen wird so gedacht sein, daß der Eigentümer den Wert erhalte. Dem entspricht der Uebergang der furti actio vom verleihenden Eigentümer auf den Entleiher.

Später ist zur Begründung einer strengeren Haftung ein Versprechen gar nicht mehr nötig. Die furti actio ist aber dem Entleiher verblieben. Man streitet indes über deren Beschaffenheit. Ulp. fr. 14 § 16 de furt. 47, 2: Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. Dieser Streit könnte den Betrag mitbetroffen haben. Ging die dem Entleiher gewährte furti actio mit auf die ganze

Strafe oder nur bis zum Belaufe seines Interesse? Was auf die ausgeschriebenen Worte folgt, ist kaum eine Antwort auf die gestellte Frage und macht ganz den Eindruck, als ob sich die Kompilatoren dabei beteiligt hätten.

8. Nun können aber auch fremde Sachen verliehen werden: Paul. fr. 15; Marcellus fr. 16 comm. 13, 6. Wie steht es hier mit dem Uebergang der furti actio auf den Entleiher? Darüber gibt uns einigen Aufschluß Ulp. ad Sab. fr. 48 § 4 de furtis 47, 2. Si ego tibi poliendum uestimentum locauero, tu uero inscio aut inuito me commodaueris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi aduersus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit.

Vom Walker ist ein ihm zur Bearbeitung übergebenes Kleidungsstück verliehen worden ohne Wissen oder gar gegen den Willen des Eigentümers. Das Kleidungsstück wird dem Entleiher gestohlen. Hier behält der Walker seine furti actio, während er selbst wegen furtum usus mit dieser Klage seinem Kunden haftet. Also: fur furti agere possit.

Anders würde sich vermutlich die Sache verhalten, wenn das Verleihen des Kleidungsstückes mit Wissen nnd Willen des Kunden geschehen wäre. Dann lag kein furtum usus vor. Der Kunde blieb beschränkt auf seine Kontraktsklage, mittels der er vielleicht nur Abtretung der Kommodatsklage gegen den Entleiher verlangen konnte: vgl. Ulp. fr. 5 § 12 com.

F. Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 39 flg. findet in dem vorgeführten fr. 48 § 4 Schwierigkeiten; und solche sind allerdings vorhanden. Schulz meint vom Walker: 'Ihm steht ja doch wieder sein Kommodatar für custodia ein, also müßte dieser doch die actio furti erhalten; denn wenn ich dem Eigentümer die Klage nicht gebe, weil er durch die custodia-Haftung des fullo genügend gesichert erscheint, so muß ich folgerichtig auch dem fullo die Klage versagen, wenn ihm der Kommodatar für custodia einsteht'.

Ob man hier von einem Mangel an Folgerichtigkeit sprechen kann? Dem verleihenden Eigentümer ist ein Anspruch auf den Wert der Sache gegeben; auf einem Umwege vielleicht auch dem Eigentümer, der um die Verleihung weiß. Dem verleihenden Nichteigentümer, der ohne Wissen oder gar gegen den Willen des Eigentümers handelt, hätte man entgegnen können: Dir ist ja gar kein Eigentum abhanden gekommen. Er ist an und für sich für den Diebstahl verantwortlich. Auch wenn er das Kleidungsstück sonstwie an einen andern Ort gebracht, es z. B. auf Reisen mitgenommen hätte. Ebenso steht er da, wenn er das Kleidungsstück auslieh, ohne daß der Eigentümer darum wußte. So werden wir in diesem besondern Fall den Entleiher von der Haftung für custodia freisprechen können, weil für den Eigentümer ohnehin schon gesorgt ist und dem Entleiher unmittelbar gar kein Eigentümer gegenübersteht.

Mit dieser Annahme hat es F. Schulz auch schon versucht. Er lehnt sie aber ab, weil dann in unserm Fall 'dem fullo die actio commodati zu- und demnach die actio furti abgesprochen werden' müßte.

Indes die mangelnde Haftung für custodia schließt noch keineswegs den Begriff Kommodat aus, und daneben könnte sehr wohl die furti actio des verleihenden Walkers bei Bestand geblieben sein. Ob und wiefern die furti actio für den Entleiher in Betracht kam, darauf wird in unserer Stelle jedenfalls gar nicht eingegangen.

Die Sachlage ist in beiden Fällen keineswegs dieselbe.

Der Walker erhält als Gegenwert für die custodia-Haftung die furti actio des Eigentümers. Der verleihende Walker als Nichteigentümer, welcher dem Eigentümer für custodia haftet, hat zwar die furti actio des Eigentümers, aber kein Eigentum. Soll eine solche furti actio ebenfalls auf den Entleiher übergehen? Das ist die Frage.

Wenn einem Eigentümer zugemutet wird, seine furti actio gegen eine custodia-Haftung herzugeben, so ist das, vom römischen Standpunkte aus betrachtet, ein Sonderrecht. Die Aus-

dehnung eines Sonderrechtes auf verwandte Fälle ist schon an sich nicht selbstverständlich.

Nun kommt vielleicht hinzu, daß zu der Zeit, als die fragliche Entscheidung gefällt wurde, Zahlungsfähigkeit noch gar nicht in der Person des für custodia Haftenden verlangt wurde. Dann begriffe sich um so leichter, daß man die custodia-Haftung des Walkers aufrecht erhielt und ihm nicht gestattete, sie auf einen Dritten zu übertragen, der vielleicht ein armer Schlucker war. Wenigstens spräche der Umstand, daß jemand sich fremde Kleider borgt, gerade nicht für große Wohlhabenheit.

Endlich wäre gar nicht unmöglich — worauf ich schon Erkl. 80 unter 9 hingewiesen habe — daß Ulpian beim Walker und Flickschneider von einer Haftung für custodia noch gar nichts wissen wollte. Wie bei Ulp. ad Sab. fr. 12 pr. de furt. 47, 2 der Satz praestare enim custodiam debet auf Interpolation beruhen könnte, mag es sich ähnlich mit dem hier in Frage stehenden fr. 48 § 4 verhalten. Die Worte et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet sind bereits von Ferrini, Arch. giur. Bd. 53 S. 64 angefochten. Ich möchte wenigstens den quia-Satz in Anlehnung an Ulp. fr. 10 etwa ersetzen durch: quia tua interest, rem non subripi.

9. Ich wende mich wieder zum verleihenden Eigentümer. Die furti actio geht über auf den Entleiher. Der Satz wird schwerlich alt sein und seine Vorläufer gehabt haben. Wir können uns in dieser Beziehung bei ältern Rechtsgelehrten Rats erholen.

Es kam vor, daß der Entleiher den Eigentümer freiwillig für die abhanden gekommene Sache entschädigte. Irgendwie gelangte dann aber der Eigentümer wieder in den Besitz seiner Sache. Er konnte angehalten werden, die Sache oder den erhaltenen Preis herauszugeben. Paul. fr. 17 § 5 comm. 13, 6. Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere. Die Klage wird mit entsprechender Präscriptio versehen sein.

Ferner: der dritte Inhaber weigert sich die Sache herauszugeben. Hier kann der Entleiher Abtretung der Klagen verlangen. Ulp. fr. 5 § 12 comm. 13, 6: idem Labeo recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones aduersus eum praestem. Zu diesem Zwecke wird man sich ebenfalls der Präscriptio bedient haben: vgl. Präscriptio und Pactum S. 51.

Demnach können wir uns die Entwicklung in der Weise vorstellen. Der Entleiher, dem die Sache abhanden gekommen war, brauchte den Wert nicht eher zu ersetzen, als bis ihm die furti actio vom Eigentümer abgetreten war. Daraus hat sich dann weiter der Satz entwickelt: dem Entleiher, der den verleihenden Eigentümer entschädigen muß, steht die furti actio von selber zu. Und in dieser Beziehung könnten Betrachtungen, wie sie Gajus anstellt, mitgewirkt haben; denen sich vielleicht fremdrechtliche Einflüsse zugesellten.

10. Hier taucht nun andererseits der Einwand auf: soll dem Eigentümer die furti actio auch entzogen sein, wenn der Entleiher nicht zahlungsfähig? Man macht die Einschränkung: dieser Uebergang der furti actio auf den Entleiher findet nur statt bei Zahlungsfähigkeit des Entleihers.

Ganz alt kann diese Rechtsbildung nicht sein und wird schwerlich der Zeit des Labeo schon angehören.

Wir sind dieser Voraussetzung bereits beim Walker und Flickschneider begegnet: siehe Erkl. 80 unter 9. Die Hauptstelle Ulp. ad Sab. fr. 12 pr. erregte den Verdacht der Interpolation.

Hier scheint derselbe Verdacht begründet zu sein gegenüber Paul. ad Sab. fr. 54 § 1 de furt. 47, 2. Si seruus commodatoris rem subripuerit et soluendo sit is cui subreptum est, Sabinus ait posse et commodati agi cum eo et contra dominum furti serui nomine: sed si pecuniam, quam dominus exegit, reddat, euanescere furti actionem; idem et si remittat commodati actionem.

Hiernach hätte bereits Sabinus die Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit anerkannt, was schon an sich recht unwahrscheinlich klingt.

Dann sieht man nicht ein, warum gerade in dem vorliegenden Falle, wo sich Forderung und Gegenforderung einander gegenüberstehen, die Zahlungsfähigkeit besonders betont zu werden brauchte.

Dem Entleiher hat der Sklave des Verleihers die geliehene Sache gestohlen. Der Entleiher haftet dafür dem Verleiher. Der Grund dieser Haftung wird nicht näher angegeben. Andererseits hat der Entleiher eine Noxalklage gegen den Verleiher als Eigentümer des Sklaven. So stehen sich zwei Ansprüche gegenübrr, die sich gegenseitig aufheben lassen. Findet demnach der Entleiher den Verleiher ab, so wird durch Rückgabe des Geldes die furti actio hinfällig. Verzichtet andererseits der Verleiher auf die commodati actio, so erlischt ebenfalls die furti actio.

Außerdem ist der zugrunde liegende Rechtsfall so zusammengedrängt, daß man ihn halbwegs erraten muß. Paulus wird sich wohl deutlicher ausgedrückt haben. Es könnten hier Streichungen vorgenommen sein. Vielleicht lautete die fragliche Stelle ursprünglich zu Anfang: Si seruus (commodatoris ei cui commodauit) commodatoris rem subripuerit, Sabinus ait et rel.

In einer andern Stelle bei Ulp. ad Sab. fr. 14 § 17 de furt., wo uns im Schlußsatze bei einem ähnlichen Falle ein si sint soluendo entgegentritt, ist der ganze Schlußsatz bereits von Paul Krüger Dig.[11] verdächtigt worden: vgl. zu der Stelle Erkl. 80 unter 8.

Die erste sichere Spur für die Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit in der Person des Entleihers, der furti klagen will, dürfte sich demnach vielleicht finden bei Mod. libro diff. secundo Coll. 10, 2 § 6, wo es heißt: is uero cui res commodata sit furti experiri debebit, si modo soluendo fuerit.

Hiermit ist zusammenzuhalten eine Bemerkung von Justinian

in c. 22 § 1 de furtis 6, 2 vom Jahre 530. Danach hat sich der Satz mühsam durchgesetzt: daß dem Entleiher, der nicht zahlungsunfähig, mit Ausschluß des Eigentümers die furti actio zustehe.

11. Ferner berichtet Justinian in den folgenden Paragraphen der c. 22 von verschiedenen Streitfragen, die zum Teil mit der Zahlungsfähigkeit in Verbindung stehen. Wie, wenn der Entleiher zur Zeit des Diebstahls zahlungsfähig war, aber vor Erhebung der Klage zahlungsunfähig wurde? Wie, wenn der Entleiher einen Teil, aber nicht das Ganze zahlen könne? Muß sich der Eigentümer mit der Sache bzw. dem Sachwerte begnügen, wenn es dem Entleiher geglückt ist, von dem Diebe ein Mehrfaches zu erhalten? Ueber diesen Punkt soll schon Papinian zwei sich einander widersprechende Ansichten aufgestellt haben. Wie wird es mit der furti actio, wenn der Entleiher von seiner eigenen Frau bestohlen wurde? Vgl. Paul. fr. 28 rer. an. 25, 2.

Die Erwähnung Papinians weist uns schon hin auf die Zeit um 200 n. Chr. Andere hier erwähnte Streitfragen mögen erst der nachklassischen Zeit ihren Ursprung verdanken.

Auf alle Fälle beweist die Justiniansche Konstitution, daß sich die nachklassische Wissenschaft noch eifrig mit der furti actio des Nichteigentümers beschäftigt hat. Diese nachklassische Wissenschaft wird sich vermutlich auch in den Pandektenstellen eingenistet haben. So würde sich die Unklarheit und Unsicherheit erklären, die auf dem hier einschlägigen Quellenmaterial lastet. Und wenn jemals ein mehr als bloß möglicher bzw. wahrscheinlicher Abschluß zu erreichen sein sollte, ohne Annahme weitgehender Interpolationen wird das kaum möglich sein.

I. I. IV, 1 § 16 gibt zunächst Gajus wieder. Daran lehnt sich eine teilweise Bezugnahme auf die Justiniansche Konstitution 22 de furtis 6, 2.

83. Dem Depositar wird die Sache gestohlen. III, 207.

1. Der Depositar haftet nicht für custodia, sondern nur für dolus. Wird demnach die Sache gestohlen, so hat er nicht die furti actio.

So Gajus und übereinstimmend I. I. IV, 1 § 17; Mod. lib. diff. sec. Coll. 10, 2 § 6; Ulp. ad Sab. Iul. fr. 14 §§ 3. 4 de furt. 47, 2.

2. Sodann heißt es bei Ulp. ad ed. fr. 2 § 23 ui bon. rapt. 47, 8: nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi uel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.

Der Verwahrer soll auch dann die furti actio haben, wenn er versprochen hat, für Verschulden einzustehen; oder wenn er einen Preis für die Aufbewahrung annahm, nicht als Lohn.

Das wäre eine Weiterentwicklung des von Gajus aufgestellten Satzes; aber vielleicht nicht gerade in dessen Sinne. Die Haftung für Verschulden soll genügend sein. Einmal wenn sie freiwillig übernommen wurde. Dann aber auch wenn der Verwahrer Vorteil von der Aufbewahrung hat. Denn in diesem Falle — so müssen wir ergänzen — haftet er ebenfalls für Verschulden.

3. Der Vorteil, welcher nicht als Lohn gelten soll, muß noch etwas näher ins Auge gefaßt werden.

Läge eine richtige Gegenleistung vor, so hätten wir es gar nicht mehr mit der Aufbewahrung zu tun, sondern mit einem Mietsverhältnis. Vgl. Ulp. fr. 3 § 1 nautae 4, 9: si quidem merces interuenerit, ex locato uel conducto . . sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse.

Also bei richtiger Gegenleistung: Miete; bei Unentgeltlichkeit: Aufbewahrung.

Nun gibt es aber noch ein Mittelding, wo der Lohn nicht als eigentliche Gegenleistung aufgefaßt wird, sondern als freiwillige Gabe: wenn sie auch regelmäßig erfolgt und auf der

andern Seite erwartet wird. Vgl. das auf Grund der Bas. 20, 4 cap. 27 eingeschobene fr. 27 de praescr. uerbis 19, 5: Quod kalendis dari solet medicis et scaenicis, non est merces: itaque si quid in hisce ministeriis aliter fiat quam conuenit, non ex locato, sed in factum actio dabitur.

Also von der eigentlichen Gegenleistung, merces, μισθός, ist zu unterscheiden diese andere Gabe, die mit der Aufbewahrung sich noch verträgt, wobei wir hingewiesen werden auf die Neujahrsgeschenke für Aerzte und Schauspieler, ἰατροῖς καὶ τεχνίταις; und vor allen Dingen an unser Trinkgeld denken können. Diese andere Gabe hat auch Einfluß auf die Gestaltung der Aufbewahrungspflicht. Der Aufbewahrer hat immerhin einen Vorteil, demgemäß haftet er für Verschulden, und diese Haftung genügte wiederum, ihm die furti actio zu verschaffen.

Baron, Pand.[4] § 299 Anm. 2 hält die besprochene Stelle für korrumpiert. Er schiebt zwischen depositionis und non folgende Worte ein: quasi mercedem accepi. Sed etsi culpam non repromisi uel pretium depositionis. Mir ist fraglich, ob man diese Einschaltung als eine Verbesserung betrachten könnte.

Mehr Beachtung verdienen die Bemerkungen, die F. Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 36 flg. unserer Stelle zuteil werden läßt.

Culpam repromittere sei kein Latein, komme auch in den Pandekten nur an dieser Stelle vor. Sprachlich richtig sei custodiam repromittere. Demnach ersetzt F. Schulz culpam durch custodiam. Interpoliert sei außerdem der Schluß: uel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.

Meines Erachtens ist culpam zu halten, während eine Hineinziehung der custodia nur störend wäre. Andererseits erscheint mir die ganze Stelle als interpoliert, soweit ich sie ausgeschrieben habe.

4. Es gibt nämlich noch zwei ähnliche Stellen, wo bereits Eisele die Hand der Kompilatoren erkannt hat.

Bei Ulp. ad ed. fr. 5 § 2 comm. 13, 6 ist interpoliert: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et con-

stitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio conuenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Siehe Eisele, Z. R.G. Bd. 24 S. 26.

Ferner ist interpoliert bei Ulp. ad ed. fr. 1 § 35 dep. 16, 3: ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

Wir sind hier also in der Lage, beim Aufbewahrer der nachklassischen Zeit eine Weiterentwicklung seiner Haftpflicht zu verfolgen. Demnach genügte schon seine Haftung für Verschulden, wenn er mit der furti actio klagend auftreten wollte.

Darüber scheint man hier aber auch nicht hinausgegangen zu sein. Denn in der ersteren Stelle wird culpa exhibetur mitzubeziehen sein auf si hoc ab initio conuenit rel. Noch deutlicher dürfte die zweite Stelle sprechen, welche allgemein die casus fortuitos ausschließt.

Auf Grund der letztern Stelle glaubt Rabel, Ruhmesblatt Papinians S. 14 Anm. 5 die Behauptung rechtfertigen zu können: es sei 'die beibehaltene Fügung culpa et custodia im Gegensatz zu dolus einer- und casus fortuitus andererseits . . kein bewußter Bruch mit dem prinzipiell durchgesetzten Systeme der Verschuldungshaftung'.

Das trifft im vorliegenden Falle allerdings zu. Eine andere Stelle dieser Art, der wir schon begegneten, ist Ulp. Iul. fr. 14 § 10 de furtis 47, 2, wo custodia geradezu durch culpa wiedergegeben wird: vgl. Erkl. 82 unter 6. Custodia ist an sich ein mehrdeutiger Begriff. Erst im Laufe der Zeit hat sich eine technische custodia herausgearbeitet, die nur durch höhere Gewalt ausgeschlossen wird. Mit dieser hat sich insonderheit Gajus viel beschäftigt: vgl. z. B. Erkl. 82 unter 2; und könnte dabei seine eigenen Wege gegangen sein.

84. Die Aktivlegitimation zur furti actio. III, 203—207.

Das römische Recht ist nicht dabei stehengeblieben, die furti actio dem Eigentümer zu gewähren, sondern hat auch andere zur Anstellung dieser Klage ermächtigt.

1. Gajus III, 203 stellt an die Spitze den Satz: furti actio ei conpetit, cuius interest rem saluam esse.

Der Satz war dem Q. Mucius schon bekannt: Pomp. fr. 77 § 1 de furt. 47, 2.

2. Diesem Satze wird als ein feststehendes Beispiel III, 204 der Faustpfandgläubiger untergeordnet: Constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse.

Es mag dies das erste Beispiel in seiner Art gewesen sein. Die Entwicklung könnte sich angelehnt haben an den Fiduziar, dem zur Sicherung seiner Forderung Eigentum übertragen war.

Es verdient Beachtung, daß der Faustpfandgläubiger zur Zeit des Gajus gar nicht über Verschulden hinaus haftete. Die ersten sicheren Fälle einer custodia-Haftung treten uns erst im dritten Jahrhundert nach Christi entgegen: c. 19 de pign. 8, 13 vom Jahre 293; die Beschränkung auf culpa finden wir noch c. 5 de act. pign. 4, 24 vom Jahre 224 und c. 8 vom Jahre 246 ebenda.

Damit hängt eine andere Eigentümlichkeit zusammen. Die Klage des Faustpfandgläubigers ist nicht gebunden an die Voraussetzung, daß er selber für den Diebstahl aufkommen müsse. Ulp. fr. 12 § 2 de furt. 47, 2: et sic fit, ut non teneatur furti et agat.

Der Grund, weshalb diese Entwicklung gerade beim Faustpfandgläubiger einsetzt, ist vielleicht darin zu suchen, daß wir es hier mit einem Besitzer zu tun haben: Iau. fr. 16 de usurp. 41, 3; und zwar einem Besitzer schon aus alter Zeit: siehe Erkl. 79 unter I. Ein Besitzer war in der Lage, sich den heimlich entzogenen Besitz wieder zu verschaffen. Bei diesem Besitzesprozeß muß naturgemäß das furtum zur Sprache gekommen sein. Dieser Umstand mag dann die furti actio nach sich gezogen haben. Bei den Detentionsverhältnissen fehlt ein solcher Anknüpfungspunkt. Das römische Recht zeigt hier eine wesentliche Abweichung vom altdeutschen Recht: siehe Erkl. 81 unter 3.

3. Als zweites Beispiel wird III, 205 von Gajus angefügt: der Walker und Flickschneider. Ziemlich unvermittelt und mit ganz anderer Begründung: qua furto amiserit, ipse furti habet actionem. Das gerade Gegenteil von dem Ulpianschen Gedanken et sic fit rel.

Außerdem ist der eigentliche Grund, die custodia-Haftung, verschwiegen. Da indessen auf diese custodia-Haftung des Walkers und Flickschneiders im folgenden § 206 ausdrücklich hingewiesen wird mit den Worten: ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, so ist mir sehr wahrscheinlich, daß Gajus vorher schon von dieser custodia-Haftung gesprochen hat. Es wird demnach im § 205 etwas ausgefallen oder gar absichtlich gestrichen sein: man hielt vielleicht die Bemerkung des folgenden § 206 für genügend.

Der Gedanke des Gajus, der ursprünglich im § 205 ausführlicher wiedergegeben sein könnte, war dieser: für custodia haftet, wer Vorteil von dem Rechtsgeschäfte hat; dieser Vorteil tritt zwar beim Walker und Flickschneider nicht als etwas Besonderes hervor, er ist aber mitenthalten in dem Preise, den sie für ihre Arbeit nehmen.

4. So hat nun auch der Entleiher Vorteil von dem Rechtsgeschäfte, der sich darstellt in dem Werte, den die Benutzung der Sache für ihn abwirft. Dieser Vorteil verpflichtet ihn zur Haftung für custodia. Wegen mangelnder Obhut kann er mit der furti actio belangt werden. Dafür ist er seinerseits berechtigt, gegen den Dieb die furti actio anzustellen.

5. Die Auffassung des Gajus sowohl in bezug auf die Haftung des Walkers und Flickschneiders wie des Entleihers ist eigenartig. An wen er sich angelehnt haben mag, muß ich dahingestellt sein lassen. Jedenfalls sind nach beiden Richtungen hin Spuren einer älteren Meinung vorhanden, die ein wesentlich anderes Bild darbieten.

a) Was zunächst den Walker und Flickschneider anbetrifft, so kommen vor allen Dingen in Betracht Iau.-Labeo fr. 91 pr. de furt. 47, 2 und Labeo-Iau. fr. 60 § 2 loc. 19, 2.

Die strenge Haftung wegen custodia dürfte Labeo noch gar nicht gekannt haben. Im übrigen scheint man es den Beteiligten zunächst überlassen zu haben, wer von ihnen klagen wolle und wie zu klagen sei: ob der Kunde oder der Walker gegen den Dieb, oder ob der Kunde gegen den Walker aus dem Rechtsgeschäft. Daneben greift das Ermessen des Richters ein. Und für diesen ist allerdings das Interesse maßgebend, soweit es sich um die furti actio des Walkers handelt: quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest. Von einer Voraussetzung der custodia-Haftung ist aber keine Rede.

Den Standpunkt des Labeo teilt ferner Ulp. ad Sab. fr. 10 de furt. 47, 2: Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet. Der Satz bei Ulp. ad Sab. fr. 12 pr. de furt. 47, 2 'praestare enim custodiam debet' beruht meines Erachtens auf Interpolation. Dasselbe wird anzunehmen sein für den Satz quia custodia rei ad te pertinet bei Ulp. ad Sab. fr. 48 § 4 de furt. 47, 2.

b) Der Ausgangspunkt für die strengere Haftung des Entleihers ist zunächst das Rezeptum. Ulp. fr. 5 § 3 comm. 13, 6: omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Nach Gajus hat der Entleiher ohne weiteres für custodia einzustehen; und von dieser Haftung wird die furti actio abhängig gemacht. Das war eine eigenartige Auffassung des Gajus. Wenigstens Celsus und Julian begnügten sich mit einfacher culpa: Ulp. fr. 14 § 10 de furt. 47, 2. Ihnen wird man anreihen können Pomponius: fr. 16 de cond. furt. 13, 1; fr. 77 pr. de furt. 47, 2; bei Ulp. fr. 14 § 8 ebenda. Noch Mod. Coll. 10, 2 § 1 kennt keine Haftung des Entleihers, die über Verschulden hinausginge.

Trotz alledem hat die Ansicht des Gajus in den Justinianschen Rechtsbüchern die Oberhand gewonnen. Es könnten hier indes fremdartige Anschauungen mitgewirkt haben. Wenigstens wenn man den altgermanischen Satz 'Hand muß Hand wahren' auf die Leihe zur Anwendung bringt, gelangt man zu denselben

Ergebnissen, zu denen die Römer kamen. Wegen der gestohlenen Sache muß sich der verleihende Eigentümer an den Entleiher halten, dagegen bekommt der Entleiher die Buße, weswegen ihm die furti actio zu Gebote steht. Nur insofern ist eine Schranke aufgestellt worden, als der Uebergang der furti actio an den Entleiher von dessen Zahlungsfähigkeit abhängig gemacht wurde.

6. Was endlich den Depositar anbetrifft, so haftet er an und für sich nur für Dolus, hat mithin keinen Anspruch auf die furti actio. Das soll sich aber in den Fällen anders verhalten, wo der Verwahrer, sei es für Verschulden, sei es für custodia, einzustehen hat.

Hier genügt also wieder das Verschulden, während anderswo über custodia nicht hinausgegangen wird.

Es läßt sich demnach nicht behaupten, daß die Aktivlegitimation zur furti actio in den Justinianschen Rechtsbüchern einheitlichen Grundsätzen unterstellt wäre.

85. Ausgangspunkte der Haftung für custodia. III, 204—207.

Die Haftung für custodia im engern Sinne beschränkt sich nicht auf das Verschulden, sondern ergreift auch den kleinen, niedern Zufall.

Die Ausgangspunkte für diese Haftung zu finden, bereitet einige Schwierigkeiten. Daran ist schuld die Beschaffenheit des Quellenmaterials. Die römischen Rechtsgelehrten waren in dieser Beziehung nicht alle einerlei Meinung. Die custodia-Haftung ist vielfach erst hineininterpoliert worden. Es sind Widersprüche stehengeblieben. Man kann mitunter zweifelhaft sein: ob und wann und wie sich eine custodia-Haftung entwickelt hat. Noch heute fehlt es nicht an Schriftstellern, die von der ganzen custodia-Haftung nicht viel wissen wollen.

Zu bezweifeln ist aber kaum, daß jedenfalls Gajus eine solche custodia-Haftung kannte. Die Darstellung in seinem Lehrbuch bringt auch manches Neue. Die fragliche Haftung

wird aber hier von einem besondern Standpunkte aus betrachtet. Sie ist verquickt worden mit der Aktivlegitimation zur actio furti; und zwar so, daß diese Aktivlegitimation in den Vordergrund tritt. Unsere custodia-Haftung ist dabei kaum zu ihrem vollen Rechte gelangt. Selbst an Widersprüchen dürfte es bei Gajus nicht fehlen.

I. Auffassung des Gajus in seinem Lehrbuch.

Gajus III, 203 geht aus von der Aktivlegitimation zur furti actio und stellt an die Spitze den Satz: furti actio ei conpetit, cuius interest rem saluam esse.

1. Diesem Satze wird als feststehendes Beispiel III, 204 der Faustpfandgläubiger untergeordnet. Dessen Interesse besteht darin, daß ihm die Sicherheit abhanden gekommen. Eine custodia-Haftung läßt sich hier erst nachweisen gegen Ende des dritten Jahrhunderts. Noch Ulpian bemerkt: sic fit, ut non teneatur furti et agat. Vgl. Erkl. 84 unter 2.

2. Als zweites Beispiel wird von Gajus III, 205 angefügt: der Walker und Flickschneider. Mit ganz anderer Begründung: qua furto amiserit, ipse furti habet actionem. Dabei ist weiter auf Grund von III, 206 zu ergänzen: ut illi mercedem capiendo custodiam praestant. Walker und Flickschneider sind Leute, die bei dem Geschäfte, wenn es ausgeführt wird, verdienen. Deshalb haben sie die Sache zu hüten und haften für Diebstahl. Und weil sie für Diebstahl aufkommen müssen, haben sie ein Interesse daran, daß die Sache nicht gestohlen wird; welches Interesse ihnen andererseits die furti actio gewährt.

Vgl. wegen des Verdienstes Theoph. IV, 1 § 15: κερδαίνουσι γὰρ σωζομένου τοῦ ἐσθήματος τὸν ὁρισθέντα μισθόν. Schulz, Z. R.G. Bd. 45 S. 62 Anm. 3 hält diesen Gedanken für Justinianisch. Er liegt aber doch schon zugrunde dem mercedem capiendo bei Gajus. Schulz hält Verdienst und Obhutspflicht als zwei verschiedene Gründe des Interesse auseinander. Allein das Eine ist durch das Andere bedingt. Hätten

Walker und Flickschneider keinen Verdienst, so würde ihnen auch keine besondere Hütungspflicht obliegen.

Die strenge Haftung des Walkers und Flickschneiders treffen wir zuerst bei Gajus an. Eine ältere Auffassung tritt uns entgegen bei Iau.-Labeo fr. 91 pr. de furt. 47, 2 und Labeo-Iau. fr. 60 § 2 loc. 19, 2: siehe darüber Erkl. 80 unter 4. 5. Es ist sehr wohl möglich, daß noch Ulpian von dieser Haftung nichts wissen wollte. Denn bei Ulp. ad Sab. fr. 12 pr. de furt. 47, 2 wird mit dem semper auch das praestare enim custodiam debet erst später eingeschoben sein: siehe Erkl. 80 unter 9. Dasselbe gilt von dem Satze quia custodia rei ad te pertinet bei Ulp. ad Sab. fr. 48 § 4 ebenda: siehe Erkl. 82 unter 8.

Beachtenswert ist auf alle Fälle das mercedem capiendo custodiam praestant. Also darauf allein kommt es an, ob derjenige, in dessen Gewahrsam die gestohlene Sache sich befand, einen Vorteil hätte haben können. Ist das überhaupt ursprüngliches römisches Recht? Der Kunde hat doch auch Vorteil davon, daß ihm Walker und Flickschneider seine Kleidungsstücke wieder instand setzen. Für Fälle dieser Art, wo auf beiden Seiten ein Vorteil vorhanden, hat das römische Recht vielmehr die Regel entwickelt: daß für dolus und culpa gehaftet werde; aber nicht darüber hinaus.

Für diese Regel legt noch Modestinus Zeugnis ab, der ihr sogar das Kommodat unterstellt. Es heißt Coll. 10, 2 § 1: commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas interuenit, utrumque praestatur. Vgl. dazu Erkl. 82 unter 6. Und Modestinus sagt weiter § 2: sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur; sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur. Vgl. im allgemeinen Kübler, Utilitätsprinzip S. 2 flg.

So könnten sich denn doch wohl bei Gajus fremdrechtliche Einflüsse Geltung verschafft haben.

Dazu kommt noch ein anderer Punkt. Die Zusammen-

stellung dieser Haftung mit der des nauta et caupo et stabularius in zwei Stellen aus dem Kommentare zum Provinzialedikt: siehe darüber Erkl. 80 unter 8.

In einer dieser Stellen, fr. 5 pr. nautae 4, 9, heißt es: nam et fullo et sarcinator non pro custodia sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. Danach hätten wir folgende Entwicklung anzunehmen: ursprünglich wurde die custodia gegen besondere Vergütung zugesagt, später genügte auch sonstiger Verdienst.

Bei dieser Zusammenstellung ist bemerkenswert: daß nicht etwa von der Haftung des nauta auf eine besondere Haftung des Walkers und Flickschneiders geschlossen, sondern vielmehr umgekehrt die Haftung der letztern zur Unterstützung für die Haftung des nauta herangezogen wird.

3. Als drittes Beispiel kommt III, 206 der Entleiher an die Reihe. Dem mercedem capiendo wird angefügt utendo commodum percipiendo: indem sie Nutzen ziehen durch den Gebrauch, haben die Entleiher in gleicher Weise für custodia einzustehen.

Modestin Coll. 10, 2 § 1 läßt den Entleiher allgemein nur für Dolus und Culpa haften: quia utriusque contrahentis utilitas interuenit. Vgl. darüber Erkl. 82 unter 6.

Gajus dagegen fr. 18 pr. com. 13, 6 nimmt als Regel an, daß die Leihe lediglich dem Entleiher zum Vorteil sei. Daraus schließt er dann weiter auf Haftung für custodia.

Aber ausnahmsweise hält er doch auch eine Leihe für möglich, die beiden Teilen zum Vorteil gereiche. Hier wird dann der Satz zur Anwendung gebracht, daß zu haften sei für Dolus und Culpa: sed uidendum est, ne et culpa praestanda sit.

Wie reimt sich das zur Behandlung des Walkers und Flickschneiders? Hier haben stets beide Teile Vorteil vom Geschäfte. Gleichwohl muß der Handwerker dem Kunden für mangelnde custodia aufkommen. Offenbar werden beide Fälle verschieden behandelt. Wie mag sich dieser Widerspruch erklären?

Ich habe bereits darauf hingewiesen, daß die Haftung des Walkers und Flickschneiders für custodia von Gajus zur Unterstützung für die Haftung des nauta herangezogen wird. Diese Haftung des Walkers und Flickschneiders betrachtet demnach Gajus als eine sichere Grundlage, an der er nicht weiter rüttelt. Er macht es in dieser Beziehung gerade so, wie er bereits verfahren ist mit dem Constat des § 204. Er stützt die Aktivlegitimation zur furti actio im übrigen auf die Haftung für custodia. Dabei stört ihn aber nicht, daß der Faustpfandgläubiger damals noch gar nicht für custodia aufzukommen brauchte. Andererseits läßt er bei einer Leihe, die beiden Teilen zum Vorteil gereicht, eine Haftung für custodia gar nicht eintreten, während beim Walker und Flickschneider der beiderseitige Vorteil für eine derartige Haftung kein Hindernis bildet.

Bei der Leihe scheint es zur Zeit des Gajus an einer festen Grundlage, wie wir sie beim Faustpfandgläubiger und Walker bzw. Flickschneider voraussetzen müssen, noch gefehlt zu haben. Hier gab es drei verschiedene Ansichten. Nach Modestin haftete der Entleiher allgemein nicht über Culpa hinaus. Nach Gajus in dem angeführten fr. 18 pr. soll dies nur der Fall sein, wenn beide Teile bei der Leihe ihren Vorteil finden. Daneben führt Gajus eine dritte Ansicht vor, die unter dieser Voraussetzung den Entleiher nur für Dolus verantwortlich machte: scriptum quidem apud quosdam inuenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Bei der Leihe fehlte mithin die feste Grundlage, die für Gajus hätte ein Hindernis sein können, selbständig zu Werke zu gehen.

4. Beim Depositum entwickelt Gajus § 207 seine Auffassung von der negativen Seite. Der Verwahrer ist nur für Dolus verantwortlich, haftet also nicht für custodia. Und weil er nicht interessiert ist beim Abhandenkommen der Sache, kann er auch nicht wegen Diebstahls klagen.

Die Möglichkeit, daß ein Verwahrer unter Umständen auch wegen Verschuldens in Anspruch zu nehmen sei, wird von Gajus

nicht weiter berücksichtigt. Dieser Fall hätte ihm aber einige Schwierigkeiten bereiten müssen.

II. Der Kommentar des Gajus zum Provinzialedikt.

Eine widerspruchsfreie, klare Auseinandersetzung über die custodia-Haftung finden wir bei Gajus nicht. Und was die Ausgangspunkte für diese Haftung anbetrifft, so sind wir bei denselben noch gar nicht einmal angelangt.

Um diesen Ausgangspunkten näher zu kommen, dürfte es sich vielleicht verlohnen, zwei Stellen des Gajus aus seinem Kommentare zum Provinzialedikt, die uns bereits beschäftigt haben, etwas schärfer ins Auge zu fassen.

Es heißt fr. 5 pr. nautae 4, 9: Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat uectores, caupo ut uiatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.

Damit ist zu verbinden fr. 40 loc. 19, 2: Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.

Der nauta erhält seinen Lohn für Beförderung von Reisenden und haftet für custodia, ohne daß er hierfür besonders bezahlt wird. Gestützt wird dieser Satz auf die Haftung des Walkers und Flickschneiders, die auch nicht für Obhut, sondern für Kunstfertigkeit Lohn erhalten und gleichwohl für Obhut haften.

Zugrunde liegt der Gedanke: wer für die Obhut bezahlt wird, muß für die Gefahr stehen. Walker und Flickschneider erhalten für die Obhut keine besondere Vergütung, sind aber gleichwohl für die Sache verantwortlich. Hierauf gestützt, behauptet Gajus dasselbe für den nauta, caupo, stabularius.

Die strenge Haftung des Walkers und Flickschneiders ließe sich sehr wohl deutscher Grundanschauung einfügen: siehe Erkl. 81 unter 7: macht aber vom Standpunkte des römischen Rechtes

aus einen fremdartigen Eindruck: siehe Erkl. 80 unter 8. Auf alle Fälle läßt sich diese strenge Haftung nicht über Gajus hinaus verfolgen. Aber negativ wie positiv lehnt bereits Gajus die Haftung des Walkers und Flickschneiders einem andern Satze an, der uns vielleicht etwas weiter bringt.

III. Barons Ausgangspunkt trifft mit dem des Gajus zusammen.

Gajus bemerkt: non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt; ferner: qui mercedem accipit pro custodia . . periculum custodiae praestat.

Was sind das für Leute, die für Aufbewahrung von Sachen gegen Lohn eine besonders strenge Haftung übernehmen? Baron, ArchZivPrax. Bd. 52 S. 46 flg. weist uns hin auf den Speicherinhaber, mag er nun Eigentümer oder Pächter des Speichers sein. Er hat dieses Rechtsverhältnis in seiner Abhandlung über die Haftung für custodia an die Spitze der Untersuchung gestellt, weil er dasselbe für den Normalfall hält, welchem alle übrigen nachgebildet sind.

1. Als Hauptstellen, die wir über diese Haftung besitzen, kämen die nachstehenden in Betracht.

Labeo-Iau. fr. 60 § 6 loc. 19, 2 heißt es: Locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo; deinde cum sciret has res inferri, passus est; proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si ⟨propositum non habuisset, quoniam quod⟩ propositum fuit, remissum uidetur.

Die Ergänzung propositum . . quod rührt von Mommsen her und wird sachlich jedenfalls richtig sein.

Ferner bringt uns § 9 ebenda eine Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet.

Iau. fr. 84 leg. 3 führt uns vor: quae custodiae causa in horreis extra urbem reposita sunt.

Das Bruchstück einer in Rom im Jahre 1885 vor der porta Salaria gefundenen Marmortafel enthält einen Teil einer kaiserlichen lex horreorum, vielleicht aus der Zeit des

Nerva (96—98), welche wir uns vorzustellen haben als einen Anschlag, der die Bedingungen enthielt, unter denen Sachen zur Aufbewahrung angenommen wurden. Die Inschrift ist wiedergegeben C. I. L. VI n. 33747 = Bruns-Gr.[7] n. 166 = Girard, Textes[4] S. 851. 852.

Zle 9 heißt es hier: . . cu)stodia non praestabitur. Im übrigen wird die voraufgehende Lücke verschieden ergänzt: vgl. Mitteis, Grundzüge S. 259 Anm. 3. Jedenfalls ersehen wir aus der Stelle, daß von der Haftpflicht gewisse Ausnahmen gemacht waren.

Weiter käme für uns in Betracht Zle 12: (. . conductu)m horreum su(a ibi) reliquerit et custodi non adsignauerit, horrearius sine culpa erit. Die Sache mußte dem angestellten Hüter besonders überwiesen sein, wenn Haftung des Speicherpächters eintreten sollte. Bemerkenswert ist das sine culpa erit. Der Ausdruck culpa beschränkt sich hier nicht auf das eigentliche Verschulden.

Solcher Anschläge bedienten sich auch Privatpersonen, welche in Speichern Sachen zur Aufbewahrung entgegennahmen. Vgl. Gatti, Mitt. des deutschen Archäologischen Instituts R. A. Bd. 1 S. 76 = Bruns-Gr.[7] n. 166 S. 371 = C. I. L. VI n. 33860 = Girard, Textes[4] S. 853. Die betreffende Inschrift lautet:

In his horreis priuatis
Q. ⟨T⟩ine⟨i⟩ Sacerdotis CLM . .
. . . . loc(antur
h)orrea, apothecae, compendiaria, armaria,
intercolumnia et loca armaris ex hac
die et ex kalendis Iuli(s).

Eine ähnliche Inschrift mit weiterem Inhalt, aber sehr verstümmelt, bringt nach Gatti, Bull. della commissione arch. comm. di Roma 1911 S. 120—128 Girard, Text.[4] S. 852. 853.

Von Paulus kommen zunächst folgende zwei Stellen in Betracht.

fr. 3 § 2 de off. praef. uigilum 1, 15: Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt.

fr. 55 loc. 19, 2: Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit.

Außerdem ist ein uns gleichzeitig als c. 1 de loc. 4, 65 in etwas veränderter Gestalt erhaltener Erlaß des Kaisers Caracalla vom Jahre 213 in der Coll. 10, 9 § 1 mit einem Zusatze des Paulus versehen. Es heißt hier: Dominus horreorum periculum uis maioris uel effracturae latronum praestare non cogitur. His cessantibus si quid ex depositis rebus inlaesis extrinsecus horreis perit, damnum depositorum sarciri debet . . Paulus respondit: satis praepositam constitutionem declarare his qui horrea locant, maiorem uim inputari non posse.

Endlich wäre noch hinzuzufügen c. 4 § 2 de loc. 4, 65 vom Jahre 222: Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, idem (Kr. fidem) exhibere debent.

2. Nach diesen Stellen steht die strenge Haftung des Speicherinhabers als solchen schon fest. Labeo-Jav. weist hin auf eine custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, und Paulus Coll. 10, 9 § 1 begrenzt diese Haftung, indem er bemerkt: his, qui horrea locant, maiorem uim inputari non posse.

Es kann diese Haftung aber durch Anschlag abgelehnt werden. Nach Labeo-Jav. durch ein non recipere suo periculo. Wenn trotz eines solchen Anschlages der Speicherinhaber die Einbringung der ausgenommenen Sachen gleichwohl duldet, so soll das aufgefaßt werden als Rücknahme der Ablehnung. An sich wäre die Auffassung auch möglich und liegt mir sogar näher: daß auf die im Anschlage ausgenommenen Sachen die strenge Haftung keine Anwendung finde.

Diesem letztern Zwecke könnte eine andere Fassung der Ablehnung gedient haben, wie sie uns C. I. L. VI n. 33747 Zle 9 entgegentritt: custodia non praestabitur.

Ist die custodia besonders versprochen worden, so soll nach Paulus der Speicherinhaber selbst für höhere Gewalt verantwortlich sein. Dies hängt vielleicht damit zusammen, daß Erbrechen von Speichern etwas ganz Gewöhnliches war.

Ob diese Haftung, wie sie in den beigebrachten Quellenstellen erscheint, der ursprüngliche Zustand war? Baron, ArchZivPrax. Bd. 78 S. 246 flg. behauptet dies, indem er an die Spitze seiner Beweisführung den Satz stellt: 'Die Haftung für technische custodia ist eine Folge der Bezahlung'.

Dies ist allerdings für Gajus der Ausgangspunkt, wenn er einerseits von Walkern und Flickschneidern sagt: non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, und andererseits positiv erklärt: qui mercedem accipit pro custodia . . periculum custodiae praestat. Darum könnte immerhin schon eine Entwicklung voraufgegangen sein. So behauptet Pernice, Labeo Bd. 2 S. 350: daß diese strenge Haftung 'wie beim receptum ursprünglich auf einer besonderen, nach und nach selbstverständlich gewordenen Abrede beruhte'. In ähnlicher Weise spricht sich aus Bruckner, Custodia S. 171: 'Das in der Uebernahme subintellegierte Custodiaversprechen verschwand bald aus dem Bewußtsein der Juristen, und so war die Custodiahaftung aus einer Haftung ex pacto zu einer Haftung ex lege geworden'.

IV. Receptum als Versprechen einer custodia der ältere Ausgangspunkt.

Es fragt sich dann weiter, wie wir uns diese Abrede, dieses custodia-Versprechen vorzustellen haben.

1. In dieser Beziehung möchte ich zunächst darauf aufmerksam machen, daß uns in den vorgeführten Stellen zweimal ein recipere entgegentritt; und zwar in zweifacher Bedeutung: bei Labeo-Jav. bedeutet es in der Verbindung non recipere suo periculo so viel als 'annehmen', dagegen bei Paulus in

der Verbindung nisi custodiam . . recepit so viel als 'versprechen'. Das eine Mal dient das recipere dazu, die bestehende Haftpflicht abzulehnen, das andere Mal sie zu erweitern.

Ist es nun richtig, daß die Haftpflicht, wie sie sich im Laufe der Zeit festsetzte, einmal auf besonderer Abrede beruhte: so könnte man sich bei dieser Abrede ebenfalls schon des Ausdruckes recipere bedient haben. Etwa in der Fassung depositas res recipio meo periculo bzw. custodiam depositarum rerum recipio.

Und wenn wir nun andererseits sehen, wie man sich noch später des Anschlages bediente, um diese Haftpflicht näher zu regeln, so könnte man sich dieses Anschlages auch schon bedient haben, um eine strengere Haftung überhaupt zu begründen.

2. Auf diese Weise erlangt die Haftung des Speicherinhabers große Aehnlichkeit mit der Haftung des nauta, caupo, stabularius. Hier tritt uns ebenfalls ein doppeltsinniges receptum entgegen. Und was den Anschlag anbetrifft, so hat bereits Lenel, Z. R.G. Bd. 26 S. 403 Anm. 1 vermutet: 'Die Garantieübernahme könnte seitens der Wirte möglicherweise durch Aufschrift auf der Straßenseite des Gasthofes (etwa z. B. sarcinae saluae erunt) erfolgt sein'. Ihm stimmen zu Pernice, Z. R.G. Bd. 33 S. 137. 138 und Girard-von Mayr S. 659 Anm. 4. Was vom Gasthofe, müßte in entsprechender Weise vom Schiffe gelten.

3. Einen dritten Fall eines derartigen receptum bietet uns dar die Leihe. Dieses receptum geht bereits zurück auf Quintus Mucius. Vgl. Ulp. fr. 5 § 3 comm. 13, 6: uerior est Quinti Mucii sententia existimantis . . omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit. Hiermit habe ich mich bereits beschäftigt Erkl. 82 unter 3.

4. Im Julianschen Edikt tritt uns entgegen ein receptum arbitrii, argentariorum, nautarum etc.: siehe darüber Lenel, Ed.² S. 126. 127.

Auf Grund obiger Stellen sind wir zu einer anderen Dreigliederung gelangt, der zwar der nauta usw. ebenfalls angehört, dem sich dann aber zugesellen der horrearius und cui commodatur.

Diese letztere Dreigliederung bietet sogar festeren Zusammenschluß dar, als die des Julianschen Edikts. Wir haben hier überall dieselben Voraussetzungen: Annahme einer Sache und strenge Obhut.

Ein anders geartetes Beispiel treffen wir ferner an bei Cic. de or. 1, 39 § 179: nam cum aedis L. Fufio uenderet, in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit.

Das receptum war demnach einmal ein weiterer Begriff, als er uns im Julianschen Edikt entgegentritt. Ferner haben wir uns dasselbe von Haus aus als ein selbständiges Rechtsgebilde vorzustellen, das erst später mit dem pactum verquickt worden. Welches Verhältnis ursprünglich zwischen pactum und receptum stattfand, mag dahingestellt bleiben.

Präscriptio und Pactum S. 142 nahm ich an, daß der Abschluß eines receptum durch das Wort recipio bedingt gewesen sei. Lenel, Ed.² S. 127 flg. ist dagegen seiner früheren Ansicht getreu geblieben und hält fest am formlosen Vertrag. Die Bezeichnung receptum allein ist allerdings nicht beweisend. Die würde sich schon rechtfertigen, wenn häufig bzw. regelmäßig dieses Zeitwort gebraucht wäre. Dann sind auch sonstige Gegensätze zwischen pactum und receptum denkbar. Die Gebiete beider Verpflichtungsgründe waren vielleicht verschieden, das receptum brachte namentlich fremdes Recht zur Anwendung. Der bloße Anschlag, welcher für ein receptum genügte, reichte vielleicht nicht aus zum Abschlusse eines pactum. Ueber bloße Vermutungen kommen wir hier aber wohl nicht hinaus.

In diesem receptum könnte nun auch der Ausgangspunkt für die strenge Obhut zu erblicken sein, zumal diese Haftung dem römischen Rechte gegenüber als ein Fremdkörper erscheint. Ob wir nun aber gerade mit Baron beim Speicherinhaber einzusetzen hätten, bleibt mir zweifelhaft. Das wichtigste der

drei hier in Betracht kommenden recepta wäre jedenfalls das des nauta. Nach Partsch, Z. R.G. Bd. 42 S. 422 hätte dieses receptum während des zweiten Jahrhunderts vor unserer Zeitrechnung mit dem griechischen Schiffsverkehr in Rom seinen Einzug gehalten. Diesem receptum werde ich gleich noch eine kurze Betrachtung widmen.

V. Eigenartige Stellung des Gajus.

Zuvörderst möchte ich indes darauf aufmerksam machen, daß Gajus dieser strengen Haftung gegenüber insofern ganz eigenartig dasteht, als er bei Begründung derselben auf das receptum wenig Rücksicht nimmt.

Gajus lib. 5 ad. ed. prou. fr. 40 loc. 19, 2 geht aus von dem Satze: Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat. Das bezieht sich vor allen Dingen auf den Speicherinhaber. Von einem besondern Versprechen desselben ist aber keine Rede.

Walker und Flickschneider erhalten nach lib. 5 ad ed. prou. fr. 5 pr. nautae 4, 9 zwar nicht besonders für Obhut, aber doch für Kunstfertigkeit einen Preis: non pro custodia, sed pro arte. Das reicht ebenfalls hin, die strenge Haftung für Obhut zu begründen.

Von hier wird dann weiter geschlossen auf den nauta, caupo, stabularius, die auch nicht für Obhut einen Preis erhalten: sed nauta ut traiciat uectores, caupo ut uiatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari. Eines besondern Versprechens bedarf es auch hier nicht.

Die strenge Haftung der Entleiher wird III, 206 endlich auf den Vorteil gestützt: hi quoque utendo commodum percipiendo similiter necesse habent custodiam praestare.

Also in allen drei Fällen, wo anderswo die strenge Haftung durch ein Versprechen in Gestalt eines receptum begründet wird, beim Speicherinhaber, Entleiher, nauta usw., gelangt Gajus zu dieser strengen Haftung auf anderen Wegen.

VI. Das Edikt über die Haftung des Reeders.

Das Edikt über das receptum der nautae und Wirte lautete nach Ulp. fr. 1 pr. nautae 4, 9: Nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.

1. Unter nauta haben wir den exercitor zu verstehen. Ulp. fr. 1 § 2 nautae 4, 9: nautam accipere debemus eum qui nauem exercet. Dieser Begriff deckt sich nicht ganz mit unserm Reeder. Exercitor ist nach römischem Rechte nicht bloß der Eigentümer eines Schiffes, sondern jeder, der für eigene Rechnung ein Schiff fahren läßt, es z. B. gepachtet hat: Ulp. fr. 1 § 15 de ex. act. 14, 1; Gai. IV, 71; I. I. § 2 quod cum eo IV, 7. Also: der Schiffsverfrachter, Ausrüster. Dagegen ist nach unserm HGB. § 484 nur der Eigentümer ein Reeder. Andererseits wird aber der Ausrüster eines fremden Schiffes nach HGB. § 510 Abs. 1 'im Verhältnisse zu Dritten als der Reeder angesehen'. Vgl. Sieveking, Das deutsche Seerecht S. 13. Da es sich nun in unserm Falle beim nauta gerade um das Verhältnis zu dritten Personen handelt, dürfte eine Wiedergabe des nauta durch Reeder kaum zu tadeln sein.

2. Daß recipere in dieser Verbindung nur 'versprechen' bedeuten könne, darauf hat schon Contius, Disp. iur. ciu. Lib. 1 cap. 4 aufmerksam gemacht.

Goldschmidt, Z. H.R. Bd. 3 S. 101 flg. hat sich nach mehrfachen Erwägungen dieser Ansicht ebenfalls angeschlossen. Später soll aber diesem Schriftsteller zufolge eine Rechtsänderung eingetreten sein, indem man recipere von der tatsächlichen Aufnahme verstanden habe.

Dagegen wäre nach Ude, Z. R.G. Bd. 25 S. 66 das Receptum der nautae und Wirte noch von den Justinianschen Kompilatoren als ein Versprechen aufgefaßt worden.

Diesen Ausführungen Udes gegenüber nahm ich Präscr. und Pactum S. 145 folgenden Standpunkt ein: 'Das receptum der nautae caupones stabularii ist noch nach Justinian-

schem Recht ein Versprechen; daß man dieses receptum auf die Annahme von Gütern, Gepäck usw. bezog, ist erst nachrömische Rechtsbildung'.

Auch Lusignani, wie ich F. Schulz, KrVJSchr. Bd. 50 S. 28 flg. entnehme, geht mit Ude aus von einem Garantieversprechen. 'Die actio ex recepto setzt voraus ein besonderes Garantieversprechen res saluas fore, kraft dessen Wirt und Schiffer bis zur Grenze der höheren Gewalt haften, unbedingt also für einfachen Diebstahl und einfache Sachbeschädigung, gleichgültig wer die Täter sind'. Neu ist dagegen bei Lusignani der versuchte Nachweis: 'daß die Kompilatoren die Klage aus dem receptum auch ohne Abschluß eines Garantievertrages lediglich auf Grund des Einbringens der Sachen geben wollten und entsprechend interpoliert haben'.

Mit Lusignani erklärt sich einverstanden Mitteis, Grundzüge S. 259. Besonders hervorgehoben werden von ihm die beiden Sätze: 'Die auch ohne die clausula saluum fore stattfindende Haftung bis zur höheren Gewalt ist Justinianisch. Der Ausdruck uis maior gleichfalls'.

F. Schulz a. a. O. S. 33 kann den Erörterungen Lusignanis 'über die Haftung der Schiffer und Wirte fast durchweg zustimmen'. Aber in einem wichtigen Punkte weicht er ab, indem er bemerkt: 'Daß besagter custodia-Begriff eine Justiniansche Schöpfung ist, hat Lusignani bisher nirgends erwiesen'.

Einen schärferen Gegensatz zu Ude verrät Partsch, Z. R.G. Bd. 42 S. 405: 'nach der Auslegung des recipere saluum fore bei Ulp. D. 4, 9, 1, 6 ist diese von den Aelteren . . allein betonte, von Ude zu Unrecht bestrittene Entwicklung deutlich'.

Die Stelle lautet: Ait praetor 'quod cuius saluum fore receperint'; hoc est quamcumque rem siue mercem receperint. Sie ist auch schon von andern in den Vordergrund gestellt worden: so von Goldschmidt und Windscheid, Pand.[7] Bd. 2 § 384 Anm. 4 S. 398.

Nach Goldschmidt soll hoc est nicht als Erläuterung des quod, sondern des ganzen voraufgegangenen Satzes zu verstehen sein. Indessen dieses hoc est leitet doch nur die Erläuterung ein. Die Erläuterung selber lautet: quamcumque rem siue mercem receperint. Diese Erläuterung schließt sich allerdings formell dem voraufgehenden Satze aus dem Edikte an. Darum könnte sie sich immer noch auf ein einzelnes Wort beziehen. Dieses einzelne Wort wäre dann aber schwerlich das in der Erläuterung wiederholte receperint. Also würden wir doch wohl auf das quod hingewiesen. Dafür spricht auch der weitere Inhalt der Stelle: inde apud Viuianum relatum est ad eas quoque res hoc edictum pertinere etc.

Goldschmidt nimmt das zweite receperint im Sinne von 'annehmen' und gelangt so zu dem Satze: 'versprechen' im Edikte ist 'annehmen'. Geradezu für unmöglich kann man diese Erklärung wohl nicht halten. Es ist namentlich auch mit einer Beteiligung der Kompilatoren zu rechnen. Aber so viel muß ich behaupten: ein unumstößlicher Beweis dafür, daß Ulpian das zweite receperint unserer Stelle anders als das erste im Sinne von 'annehmen' verstanden habe, ist nicht geliefert und läßt sich nicht liefern.

Eine zweite Stelle, auf welche sich Goldschmidt und Windscheid berufen, ist Ulp. fr. 1 § 8 a. a. O.: Recipit autem saluum fore utrum si in nauem res missae ei adsignatae sint: an et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in nauem missae sunt, receptae uidentur? et puto omnium eum recipere custodiam, quae in nauem illatae sunt.

Das erste recipere in dieser Stelle und ebenso das letzte neben custodiam kann nur 'versprechen', 'auf sich nehmen' bedeuten; aber das in der Mitte stehende receptae soll nach Goldschmidt beweisend sein: denn hier werde offenbar der ganz formlose Akt der Annahme dem wahren eigentlichen recipere gleichgestellt.

Meines Erachtens besagt die Stelle: es genügt das auf

saluum fore lautende Versprechen, wenn nur die Sachen an Bord gebracht sind, sie brauchen dem Reeder nicht besonders überwiesen zu sein. Anders verhielt es sich bei der Hinterlegung in Speichern nach C. I. L. VI n. 33747 = Bruns-Gr.[7] n. 166 Zle 12: siehe oben unter III. Die Sachlage wird anschaulicher, wenn man sich vorstellt, daß das Versprechen durch einen irgendwo am Schiffe angebrachten Anschlag recipio saluum fore kundgetan war. Jedenfalls ist die Annahme dem wahren, eigentlichen recipere nicht gleichgestellt, sondern muß zum Versprechen hinzukommen. Nach Pomponius bei Ulp. fr. 3 pr. nautae ist es auch nicht gerade nötig, daß die Sachen schon an Bord gebracht waren: etiamsi nondum sint res in nauem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit.

Auf dieses fr. 1 § 8 hat sich denn auch Partsch nicht mitberufen. Dagegen wird von ihm noch Bezug genommen auf Ulp. fr. 14 § 17 de furtis 47, 2.

Mit dieser Stelle habe ich mich bereits beschäftigt Erkl. 80 unter 8. Es handelt sich um einen Brief, der überbracht werden sollte, aber gestohlen wurde. Der Schluß, der hier allein in Betracht kommt, ist meines Erachtens stark interpoliert; und zwar in folgender Weise: et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit: et si [custodia eius ad eum pertineat, potest; sed et si] interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. Finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretue; potest habere furti actionem [uel si custodiam eius rei recepit uel mercedem perferendae accipit. Et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri nauis: nam his damus furti actionem, si sint soluendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet].

Die ganze custodia-Haftung wäre mithin hier erst später nachgetragen. Davon ist im allgemeinen schon die Rede ge-

wesen. Hier sind noch die näheren Voraussetzungen zu betrachten, von denen diese Haftung abhängig gemacht wird.

In dieser Beziehung sind uns bisher folgende Erscheinungen entgegengetreten.

Gajus geht in den Institutionen gar nicht auf ein besonderes Versprechen, ein receptum zurück, sondern ist bemüht, die strenge Haftung auf andere Weise zu begründen. Er nimmt seinen Ausgang von demjenigen, qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei. Ihm werden diejenigen angereiht, welche anderweitigen Verdienst haben, welche mercedem capiendo custodiam praestant. Dahin gehören Walker und Flickschneider. In gleicher Weise werden dann von Gajus fr. 5 pr. nautae 4, 9 behandelt der nauta, caupo, stabularius. In bezug auf sie bemerkt er: mercedem accipient non pro custodia, sed rel.

Unsere Stelle ist nun insofern bemerkenswert, als die Wahl gelassen wird zwischen dem receptum und dem Gajanischen Standpunkt: uel si custodiam eius rei recepit uel mercedem perferendae accipit. Mag nun der Briefträger die Obhut besonders versprochen haben oder dafür Lohn empfangen. Ob aber schon Ulpian so geschrieben hat? Diesen Satz hält auch F. Schulz, Grünhuts Z. Bd. 38 S. 22 für interpoliert. Ebenso soll es sich nun verhalten mit dem Wirte und Schiffer als Vertreter des Reeders: et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri nauis. Dieser Satz soll nach F. Schulz mit Ausnahme der Worte in hunc casum schon von Ulpian herrühren.

Meines Erachtens wäre mit diesem Schlußsatze nur für das Justinianische Recht eine feste Grundlage dahin gewonnen: daß der Reeder zu einer besonders strengen Obhut nicht bloß durch ein Versprechen, sondern ebenso durch Annahme gegen Lohn verpflichtet wurde.

3. Das receptum kann sich anlehnen einer locatio conductio nauis, einer locatio conductio operis, einem de-

positum. In allen Fällen verschärft es die Haftung. Ulp. lib. 14 ad ed. fr. 3 § 1 nautae 4, 9.

Genau genommen umfaßte ein saluum fore recipio allen und jeden Unfall oder konnte wenigstens so verstanden werden. Aber wie Ulpian bemerkt, wollte Labeo die höhere Gewalt ausgenommen wissen: si quid naufragio aut per uim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem dari. Demgemäß beschränkten Pomponius und Ulpian in der angeführten Stelle die Haftung auf zufälliges Abhandenkommen, insonderheit durch Diebstahl wie Beschädigung und Vernichtung der Sachen. Beim Speicherinhaber erhielt sich freilich die weiter gehende Haftung. Wenigstens war dies die Ansicht von Paulus fr. 55 loc. 19, 2: siehe oben unter III.

4. Wie verhält es sich mit Gajus? Wir sahen unter V, daß er in bestimmten Fällen eine strenge Haftung schon ohne receptum eintreten ließ. So bemerkte er denn auch fr. 5 pr. nautae 4, 9 vom Walker und Flickschneider: custodiae nomine ex locato tenentur. Hierauf wird gestützt dieselbe Haftung des nauta, caupo, stabularius. Dann heißt es im § 1: Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi. Und hierfür wird geltend gemacht: non enim dubitari oportet, quin is, qui saluum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere uideatur.

Also die Haftung aus receptum für Beschädigung steht schon fest. Diese Haftung überträgt dann Gajus auf bestimmte andere Fälle, wo ein receptum nicht vorlag.

Man hat widersprechend gefunden Iul. fr. 19 com. 13, 6. Das ist in gewisser Weise richtig. Aber die Stelle redet gar nicht von einem receptum, sondern von Miete und Leihe: qui seruandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt. Und in bezug auf Leihe war Julian der Ansicht, daß der Entleiher nicht über die Culpa hinaus hafte. Vgl. Ulp. fr. 14 § 10 de furt. 47, 2 und dazu Erkl. 82 unter 6. Insofern wich er also ab von Gajus. Und wenn Julian in diesem Zusammenhange die Frage aufwirft: qua enim cura aut dili-

gentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iuiuria det? so hat er damit nur sagen wollen: wenn ein anderer Sachen beschädigt, die ich gemietet oder geliehen habe, so ist das kein Verschulden meinerseits. In dieser Hinsicht hat ihn aber schon Marcellus, dem Ulpian zustimmt, bei Ulp. fr. 41 loc. 19, 2 berichtigt. Allerdings könne mitunter ein Verschulden vorliegen: siue custodiri potuit, ne damnum daretur, siue ipse custos damnum dedit. Bei der Bestellung eines Hüters hätte die Verschuldung namentlich durch die Auswahl geschehen können.

VII. Haftung mit und ohne receptum. Papyrusurkunden. Strafklagen aufs Doppelte.

Wir sind hier verschiedenen wissenschaftlichen Strömungen begegnet. Einenteils wird die strenge custodia-Haftung auf ein receptum zurückgeführt. Diese Haftung aus receptum ist Gajus sehr wohl bekannt, wie wir sehen aus fr. 5 § 1 nautae. Er ist aber bemüht, ohne receptum fertig zu werden. Dies geht deutlich aus seinem Lehrbuche hervor, wo er für die custodia-Haftung andere Gesichtspunkte aufstellt und vom receptum gänzlich schweigt.

Dieser Gegensatz ist, wie er verdiente, in der bisherigen Litteratur nicht herausgearbeitet worden.

Ich habe mich bei dieser custodia-Haftung auf diejenigen Obligationen beschränkt, welche uns bei Gajus entgegentreten. Wegen sonstiger, zum Teil zweifelhafter Fälle verweise ich auf die Darstellungen von Baron, Bruckner und F. Schulz.

Bei diesen sonstigen Obligationen wäre aber ebenfalls auf die wissenschaftlichen Strömungen Rücksicht zu nehmen, die ich glaube aufgedeckt zu haben, und namentlich bei Annahme von Interpolationen zu beachten. Mitteis, Grundzüge S. 259 Anm. 3 bemerkt schon: 'die von Seckel-Heumann a. O. angenommenen Interpolationen in den Digesten sind nach den bei Lusignani enthaltenen Angaben zu revidieren'. Ob indessen von Lusignani eine richtige Grundlage in jeder Beziehung bereits gefunden wurde, bleibt mir zweifelhaft.

Näher betrachtet wurden von mir: die Haftung des Faustpfandgläubigers, des Walkers und Flickschneiders, des Entleihers, des Speicherinhabers, des Reeders und Wirtes.

Auf das receptum führten hin: der Entleiher, Speicherinhaber, Reeder und Gastwirt. Bei der Leihe verwendet das receptum schon Quintus Mucius: siehe bei Ulp. fr. 5 § 3 com. 13, 6. Noch älter vielleicht, jedenfalls das wichtigste von allen ist das receptum des Reeders.

Gajus nimmt seinen Ausgang von demjenigen Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei: siehe fr. 40 loc. 19, 2. Dabei wäre vor allem an den Speicherinhaber zu denken. Insofern hätte Baron mit seinem Normalfall recht. Aber die Haftung aus receptum wird die ältere Bildung sein. Wenigstens sehen wir, wie Gajus seine Auffassung durch Heranziehen des receptum zu stützen bemüht ist: fr. 5 § 1 nautae 4, 9.

Beim Faustpfandgläubiger hat sich meines Erachtens die Haftung für custodia erst im dritten Jahrhundert unserer Zeitrechnung entwickelt: siehe Erkl. 79 unter 7. Und dabei ist von einem receptum keine Rede.

Die Haftung des Walkers und Flickschneiders für custodia können wir nicht über Gajus hinaus verfolgen. Sie wird aber von ihm nicht aus einem receptum hergeleitet, sondern auf den Satz gestützt: pro arte mercedem accipiunt et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. Vgl. fr. 5 pr. nautae 4, 9 und dazu Erkl. 80 unter 8.

Beim Entleiher ist das receptum später keine Voraussetzung mehr: siehe Erkl. 82 unter 7. Ebenso verhält es sich beim Speicherinhaber, wenigstens soweit es sich um den kleinen Zufall handelt: siehe oben unter III.

Für eine custodia-Haftung aus receptum, die sich auf den kleinen Zufall beschränkt, bleiben mithin allein übrig der nauta, caupo, stabularius.

Mit diesen müssen wir uns noch etwas näher beschäftigen, und zwar beschränke ich mich der Einfachheit wegen auf den nauta.

1. Das Edikt des Prätors unterscheidet zwischen einem Vertrage mit begleitendem receptum im Sinne von Versprechen und einem Vertrage ohne solches Versprechen.

Partsch S. 406 bemerkt mit Recht: 'Diesen ediktalen Rechtszustand trägt noch Ulpian als geltend vor'. Die Schwierigkeiten, die Partsch Ulp. fr. 14 § 17 de furt. 47, 2 a. E. bereiten müßte, erledigen sich meines Erachtens dadurch, daß hier interpoliert worden.

Jedenfalls ist aber Gajus in fr. 5 nautae 4, 9 der Meinung: daß ein Reeder schon durch bloße Annahme der Güter zu derselben strengen Haftung verpflichtet werde, wie wenn er ein receptum eingegangen wäre.

Das könnte noch eine Sondermeinung des Gajus gewesen sein. Nun hat aber diese Stelle Aufnahme in den Pandekten gefunden. Außerdem bestätigt den fraglichen Rechtssatz das interpolierte fr. 14 § 17 de furtis.

Wir kommen demnach nicht gut weg um die Annahme: daß nach Justinianschem Recht zur Begründung der strengen custodia-Haftung der Abschluß eines receptum nicht gerade notwendig war.

2. Mitteis, Berichte über die Verhandlungen der K. Sächs. Ges. der W. 1910 Bd. 62 S. 270 flg. hat in dem Abschnitte 'Das receptum nautarum in den Papyrusurkunden' sechs Urkunden zusammengestellt, die er mit unserer Garantieabrede in Verbindung bringt und für seine Auffassung glaubt verwerten zu können.

Der Abschnitt kehrt wieder in seiner Chrestomathie S. 389 flg. mit der Ueberschrift Receptum nautarum. Die zweite Urkunde aus dem Jahre 14 n. Chr., die Mitteis in dem Berichte schon als unsicher bezeichnete, ist aber fortgelassen. Außerdem wäre wohl noch die fünfte Urkunde vom Jahre 326 n. Chr. = Chrest. 342 als unsicher auszuscheiden, da τῷ ἐμαυτοῦ κινδύνῳ, abgesehen von dem ω am Ende und einem zweifelhaften ν vor diesem ω nur auf Vermutung beruht.

An der Spitze erscheint eine lateinische Urkunde aus dem

Jahre 167 unserer Zeitrechnung, Chrest. 339. Zu Anfang ist sie recht lückenhaft und wird erst von Mitte Zle 6 an mehr zusammenhängend. Sie lautet von da:

6. . . . . . . miserat mi(hi) Cornelius
7. Germanus procurator meus; quas has res intra scrip-
8. tas meas salbas sanas recepisse scripsi nonarum
9. Octobrium ad Puluinos ad statione Liburne fides
10. interueniente Minucium Plotianum tri(er)archum
11. et Apuleium Nepotem scriba(m). Actum (ad) Puluinos
12. nonis Octobris imp(eratore) Vero ter et Umidio Quadrato consulatus.

Der Aussteller der Urkunde war vielleicht ein nauta, wie Mitteis annimmt: also ein exercitor eines eigenen oder fremden Schiffes; nennen wir ihn kurzweg einen Reeder. Von einem Garantieversprechen, wie Mitteis sich vorstellt, kann man das recepisse aber kaum verstehen. Es handelt sich vielmehr um eine Empfangsbescheinigung; genauer: um Bestätigung einer andern Urkunde, die eine Empfangsbescheinigung bereits enthielt. Des Reeders Prokurator Cornelius Germanus hatte seinem Prinzipal verschiedene Waren geschickt, der Reeder ihm dagegen an den Nonen des Oktobers geschrieben: daß er sie wohlbehalten und unversehrt an den Sandbänken bei der Station Liburne in Empfang genommen habe; und zwar intra scriptas meas (res). Wir haben demnach ein Schiff vorauszusetzen, das auf Stückgüter angelegt war: einen Teil der Ladung liefert der Reeder, andere Sachen schickt der Prokurator. Von diesen Stückgütern wird ein Verzeichnis angefertigt sein, das war Sache des Trierarchen Minucius Plotianus und des Schreibers Apuleius Nepos. Nach Wilcken, Archiv für Papyrusforschung Bd. 1 S. 373 ist in fides das s zu streichen. Zu fide wären dann mit Mitteis als abhängige Genitive einzusetzen: Minuci Plotiani trierarchi et Apulei Nepotis scriba. Der Schreiber wird die Waren aufgeschrieben und der Kapitän sie vermutlich gestaut haben. Die Stauung der vom Prokurator gesandten Waren fand statt zwischen die eigenen des Reeders,

intra scriptas meas: je nachdem sie zusammenpaßten. Diese Urkunde enthielt ein Verzeichnis der gesamten Ladung unter Angabe der einzelnen Befrachter, und diese Urkunde wird der Reeder durch seine Unterschrift, scripsi, bekräftigt haben. Die vorliegende Urkunde bezieht sich auf die Haupturkunde und versichert dem Prokurator, daß die von ihm gesandten Waren wohlbehalten und unversehrt in Empfang genommen seien.

Mit einem Garantieversprechen haben wir es hier also gar nicht zu tun. Da aber versichert wird, daß die Waren wohlbehalten und unversehrt an Bord angenommen seien, ist wohl vorauszusetzen: daß der Reeder in dieser Hinsicht auch für eine glückliche Ankunft einstehen wollte. Wir befänden uns dann aber vielmehr auf dem Standpunkte des Gajus in fr. 5 pr. nautae 4, 9: nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia . . et tamen custodiae nomine tenentur.

Die andern Urkunden sind in griechischer Sprache geschrieben, und die noch übrig bleibenden drei enthalten allerdings ein besonderes Garantieversprechen.

In der Urkunde Mitteis, Chrest. 340 aus der Regierungszeit von Antoninus Pius, 138—161, versichert der Ladungseinnehmer Zle 12—14: καὶ παραδώ(σω) τὸν γόμον σῶον καὶ ἀκακούργητον τῷ ἐ(μ)αυ(τοῦ) κινδύνῳ.

Aehnlich heißt es in einer Urkunde aus dem Jahre 236 n. Chr., Mitteis, Chrest. 341 Zle 7. 8: ἅπερ φορτία παραδώσει σῶα καὶ ἀκακούργητα ἀπὸ ναυτικ(ῆς) κακου(ρ)γίας.

Dagegen finden wir in einer Urkunde aus dem Jahre 580 n. Chr., Mitteis, Chrest. 343 Zle 11—13 folgende Ausdrucksweise: δίχα θεοῦ βίας καὶ τῶν κατὰ ποταμὸν κινδύνων καὶ ἐπηρειῶν. Damit wird ausgenommen die höhere Gewalt unter besonderem Hinweis auf die Gefahren, welche bei der Flußschiffahrt drohen.

Mitteis, Grundzüge S. 260 bemerkt dazu: 'und dies mag wohl auf den Einfluß der Justinianschen Gesetzgebung zurückgehen'.

Wenn man indessen in den beiden voraufgehenden Urkunden den Vorbehalt für uis maior als selbstverständlich voraussetzt, wie dies Mitteis doch ebenfalls annimmt, so dürfte ein sachlicher Unterschied zwischen der letzten Klausel und den beiden voraufgehenden kaum vorhanden sein.

3. Außer der Klage aus receptum gab der Prätor noch zwei Strafklagen aufs Doppelte gegen den nauta usw. wegen Diebstahls und Sachbeschädigung: mochten die Delikte von ihnen selber oder denjenigen ausgeführt sein, die sie sich an Ort und Stelle hielten. Ulp. fr. un. pr. furti adu. naut. 47, 5: In eos, qui naues cauponas stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosue ibi habebunt furtum factum esse dicetur, iudicium datur. Gai. fr. 5 § 6 de obl. et act. 44, 7: Item exercitor nauis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in naue aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri uidetur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera nauem aut cauponam aut stabulum exerceret. Vgl. dazu Lenel, Ed.[1] S. 161 flg., 266 flg.; Ed.[2] S. 199 flg., 322 flg.

Das Verhältnis zwischen diesen Strafklagen wie den gewöhnlichen Deliktsklagen und der Klage aus Rezeptum ist dahin zu bestimmen:

Liegt ein Rezeptum vor, so hat der bestohlene Eigentümer nicht die furti actio gegen den Dritten, sondern muß sich an den nauta halten. Die furti actio gebührt vielmehr dem nauta. Ulp. fr. un. § 4 furti adu. 47, 5: Quod si receperit saluum fore caupo uel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit. Paul. fr. 4 pr. nautae 4, 9.

Wie dem bestohlenen Eigentümer die furti actio gegen den Dritten versagt wird, steht ihm auch nicht die besondere Strafklage gegen den nauta zu: er ist ihm gegenüber vielmehr auf die Klage aus dem Rezeptum beschränkt. Und wenn es sich um einen Sklaven des nauta handelt, so versagt die Noxal-

klage. Ulp. fr. 3 § 3 nautae 4, 9: item si seruus exercitoris subripuit uel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus conuenitur.

Liegt aber kein Rezeptum vor, so hat der bestohlene Eigentümer die Wahl: ob er mit der furti actio den Dritten belangen oder sich mit der besondern Strafklage an den nauta halten will. Ulp. fr. un. § 3 furti adu. 47, 5; Paul. fr. 6 § 4 nautae 4, 9. Die Worte ex edicto bei Ulpian scheinen darauf hinzuweisen, daß das Edikt selber eine auf dies Wahlrecht bezügliche Bestimmung enthielt. Savigny, System Bd. 5 S. 258 bezieht diese Stellen mit Unrecht auf ein Wahlrecht zwischen der Klage aus Rezeptum und der Klage gegen die Täter.

So haben wir denn den Satz, daß der Eigentümer, welcher sich saluum fore versprechen ließ, wenn er von Dritten bestohlen wird, sich nur mit der Klage aus dem Rezeptum an den nauta halten kann. Andererseits geht die furti actio gegen den Dieb auf den nauta über, weil er das periculum custodiae übernahm. Und ebensowenig kann der bestohlene Eigentümer die besondere Strafklage gegen den nauta anstellen.

4. Was das zeitliche Verhältnis der besondern Strafklagen zu der Klage aus Rezeptum anbetrifft, so gibt uns die Fassung des Ediktes einigen Aufschluß. Bei der furti aduersus nautas haben wir das esse dicetur, das uns beim Rezeptum nicht entgegentritt: vgl. Ulp. fr. un. pr. furti aduersus 47, 5 mit Ulp. fr. 1 pr. nautae 4, 9. Also wird die furti actio aduersus nautas das jüngere Gebilde sein: Dernburg, Festgabe für Heffter S. 125.

Bei Alfenus fr. 31 loc. cond. 19, 2 stoßen wir auf eine oneris auersi actio. In dieser erblicke ich einen Vorläufer der furti actio aduersus nautas caupones stabularios. Wie der Name zeigt, konnte sie nur gegen einen nauta gerichtet werden, während die neue furti actio sich auch gegen die caupones und stabularii wandte. Da nun Alfenus die oneris auersi actio noch als eine praktische Klage behandelte, würde

die furti aduersus nautas caupones stabularios nach Alfenus anzusetzen sein.

5. Es bleibt noch übrig, dem Zwecke näher nachzugehen, welchem die Strafklagen des Prätors neben der Klage aus dem receptum dienen sollten. Sie machten den nauta usw. zwar nicht für jeden Diebstahl und jede Sachbeschädigung Dritter verantwortlich, aber doch für diejenigen, welche sie sich auf dem Schiffe usw. hielten. Das werden aber gerade die Hauptfälle gewesen sein. Andererseits gingen diese Klagen aufs Doppelte, während die Klage aus Rezeptum sich aufs Einfache beschränkte. Der nauta mußte sich sagen: verweigere ich das recipio, kann ich möglicherweise aufs Doppelte in Anspruch genommen werden. So mochten denn diese Strafklagen auf den nauta usw. als ein Zwangsmittel wirken, das ihn mitbestimmt haben könnte, das Haftversprechen zu leisten.

Sodann winkte dem nauta noch eine Belohnung. Dafür daß er die einfache Haftung übernahm, wurde ihm die furti actio gegen den Dieb zugesprochen. Er wird sich demnach Mühe gegeben haben, den Dieb auszuspionieren; und wohl vorher schon möglichst darauf bedacht gewesen sein, die Sachen mit seinen Augen zu verfolgen.

6. Das wären aber doch nur Dinge, die sich nebenbei Geltung verschaffen mochten. Daß der Prätor sich um derartige Erwägungen gekümmert hätte, will nicht recht einleuchten. Denn wäre es dem Prätor so sehr um ein receptum zu tun gewesen, so hätte er das einfacher erreichen können; er hätte bloß zu fingieren brauchen: tum si saluum fore recepisset.

Ferner stehen sich zwei ganz verschiedene Rechtsanschauungen einander gegenüber.

Endlich würde das römische Recht bei der Entwicklung, die es auf diesem Gebiete genommen, einen Widerspruch darbieten. Der eine Satz lautet: wenn kein receptum abgeschlossen, sollen die prätorischen Strafklagen eingreifen. Andererseits soll, wenn kein receptum vorliegt, nach Gajus und nach Ansicht

der Kompilatoren die strenge Haftung sich schon verbinden mit Annahme der Sachen.

So werden wir uns doch wohl nach einer andern Erklärung umsehen müssen.

7. Das saluum fore recipio wird der Prätor nicht erfunden, sondern vorgefunden haben. Sehr treffend bemerkt Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1[3] S. 93. 94: 'Aus der Usance des saluum fore recipere . . ist das prätorische Edikt hinsichtlich des receptum nautarum, cauponum, stabulariorum . . hervorgegangen'. Den Inhalt und die Bedeutung dieses Rechtsgebildes schildern an anderer Stelle, S. 77, die knappen Worte: 'das den See- und Flußverkehr, sowie den nicht unbeträchtlichen Wirtschaftsverkehr, insoweit auch den Personenverkehr zu Lande regelnde receptum'.

Es ist aber kaum anzunehmen, daß auf einem so weiten Gebiete im weiten römischen Reiche eine derartige Verkehrssitte sich überall in gleicher Weise eingestellt hätte. Das receptum wird sich auf einem beschränkten Teile des römischen Reiches eingefunden haben. So bliebe noch daneben Raum für besondere Strafklagen, die selbst für das Justiniansche Recht ihre Bedeutung gehabt haben werden.

VIII. Primitivrechtliche Begriffe. Interpolationen.

F. Schulz in ZVerglR. Bd. 25 S. 459 flg., Bd. 27 S. 145 flg. bringt 'Rechtsvergleichende Forschungen über die Zufallshaftung in Vertragsverhältnissen'. Hinsichtlich des Standpunktes, den er dabei dem römischen Rechte gegenüber einnimmt, spricht sich F. Schulz in der Einleitung folgendermaßen aus.

F. Schulz geht aus von einem primitivrechtlichen Verschuldungsbegriffe. Tritt der Schaden ein durch Ereignisse, die regelmäßig auf ein Verschulden des Schuldners zurückzuführen sind, so wird ohne weiteres auf die Schuld geschlossen. Erscheint dagegen auf den ersten Blick ein Verschulden des Schuldners ausgeschlossen, so wird daraus umgekehrt die Schuldlosigkeit gefolgert.

Will man diese primitivrechtliche Verschuldungshaftung in unsere moderne dogmatische Begriffswelt übersetzen, so kann man sie etwa so wiedergeben: der Schuldner haftet grundsätzlich auch für Zufall, er haftet aber nicht für höhere Gewalt.

Eine umfassende Zufallshaftung dieser Art soll das klassische römische Recht gekannt haben. Möglich, sogar höchst wahrscheinlich sei es, daß im ältern römischen Recht die custodia einmal ein Verschuldungsbegriff im primitivrechtlichen Sinne war. Sodann heißt es wörtlich: 'die Klassiker halten jedenfalls culpa und custodia scharf auseinander, und erst Justinian hat die beiden Begriffe durch zahlreiche Interpolationen zusammenzuziehen gesucht'.

1. Richtig ist in dieser Ausführung jedenfalls der primitivrechtliche Verschuldungsbegriff, von dem F. Schulz seinen Ausgang nimmt, und der Gegensatz zur höhern Gewalt.

Richtig ist ferner die rückläufige Bewegung, welche dieser primitivrechtliche Verschuldungsbegriff durchgemacht hat: die Klassiker halten im allgemeinen culpa und custodia scharf auseinander.

Ob aber die custodia im ältern römischen Recht auch einmal ein Verschuldungsbegriff im primitivrechtlichen Sinne war? Dagegen scheint mir zu sprechen die Entwicklung, welche wir beim receptum antreffen.

Nach Q. Mucius machte das receptum den Entleiher für omne periculum verantwortlich: Ulp. fr. 5 § 3 com. 13, 6. Darunter wird mitbegriffen gewesen sein die höhere Gewalt: siehe Erkl. 82 unter 3.

In gleicher Weise wird das receptum nautarum auch einmal die höhere Gewalt mitumfaßt haben, da noch Ulpian fr. 3 § 1 nautae 4, 9 sich für deren Ausscheidung auf Labeo beruft.

Beim Speicherinhaber erhielt sich sogar die weitergehende Haftung nach Paul. fr. 55 loc. 19, 2.

Demnach wäre die Haftung aus receptum von Haus aus nicht eine primitivrechtliche Verschuldungshaftung gewesen,

sondern vielmehr ein Anbau, der sich einer solchen Verschuldungs-haftung zugesellen konnte.

Und so werden wir uns die Entwicklung der custodia-Haftung im allgemeinen überhaupt vorzustellen haben. Die culpa-Haftung des klassischen Rechtes zieht sich zurück auf das Gebiet der zurechenbaren Schuld. Dem entspricht eine rückläufige Bewegung der custodia-Haftung. Sie verläßt das Gebiet der höhern Gewalt und begnügt sich meistens mit dem niedern, kleinen Zufall.

2. Ein anderer Punkt, an dem ich Anstoß nehme, wäre folgender.

Nach F. Schulz soll einerseits das klassische Recht eine umfassende Haftung für den niedern Zufall gekannt haben, indem man die Begriffe culpa und custodia scharf auseinanderhielt; andererseits habe erst Justinian die beiden Begriffe durch zahlreiche Interpolationen zusammenzuziehen gesucht.

Die zahlreichen Interpolationen, die Justinian zugewiesen werden, kann man doch nur von Rechtsänderungen verstehen: sie wären mithin vom klassischen Recht in Abzug zu bringen; genauer: dem klassischen Recht nicht zuzuzählen. Wie reimt sich dazu die umfassende Haftung des klassischen Rechtes? Liegt hier nicht ein Widerspruch vor?

Was ist ferner unter einem Zusammenziehen von Begriffen zu verstehen?

Nach meinem Dafürhalten war die custodia so gut nach Justinianschem wie nach klassischem Recht ein Anbau, der vom Standpunkte der zurechenbaren Schuld zunächst als ein Fremdkörper erscheint und vielleicht noch in späterer Zeit sich unter dem Einflusse fremden Rechtes weiterentwickelt hat.

Uebrigens werden nicht alle Interpolationen erst von Justinian herrühren, die meisten könnten die Kompilatoren schon vorgefunden haben. Es wird sich hier vor allen Dingen handeln um eine Fortbildung des klassischen Rechtes durch eine nachklassische Wissenschaft und Praxis.

3. Die Ansichten, wo und wie interpoliert worden, gehen

hier freilich noch weit auseinander. Insonderheit habe ich mich auch der Auffassung von F. Schulz nicht immer anzuschließen vermocht. Aus diesem Grunde scheint es mir ersprießlich zu sein, die Interpolationen, wie ich sie annehme, hier zusammenzustellen.

a) Der Nießbraucher. Ulp. lib. 42 ad Sab. fr. 46 § 1 de furt. 47, 2: fructuarius aget de fructibus uel quanti interfuit eius furtum factum non esse eius, [dupli]. Siehe Erkl. 77 unter II, 2; Erkl. 79 unter I, 1.

b) Der Faustpfandgläubiger haftet nach klassischem Recht nur für Verschulden, seine Haftung für custodia gehört erst dem dritten Jahrhundert unserer Zeitrechnung an: siehe Erkl. 79 unter I, 7.

Interpoliert sind:

Ulp. lib. 30 ad ed. fr. 22 pr. de pign. act. 13, 7: Si [pignore subrepto] furti egerit creditor. Ulpian schrieb Si fiducia subrepta rel.: siehe Erkl. 79 unter I, 2.

Ulp. lib. 38 ad ed. fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1. Das pignori könnte an die Stelle von fiduciae getreten sein.

Ulp. lib. 38 (oder vielmehr 28) ad ed. fr. 13 § 1 de pign. 13, 7: Venit autem in hac actione et dolus et culpa; [ut in commodato uenit et custodia, uis maior non uenit].

Paul. lib. 5 ad Sab. fr. 15 pr. de furt. 47, 2: Creditoris, cuius pignus subreptum est, [non] credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest.

c) Werkmiete: siehe Erkl. 80.

Walker und Flickschneider haften nach Gajus für custodia.

Labeo-Iau. fr. 60 § 2 loc. 19, 2: sed iudicem aestimaturum, an possis aduersus furem magis agere et ab eo tuas res consequi [fullonis uidelicet sumptibus]. Außerdem könnte vor oder bei sed iudicem gestrichen sein.

Ulp. lib. 29 ad Sab. fr. 14 § 17 de furt. 47, 2: et si [custodia eius ad eum pertineat, potest; sed et si] interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. Finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur

fieretue: potest habere furti actionem [uel si custodiam eius rei recepit uel mercedem perferendae accipit. Et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri nauis . . pertinet].

Die Gleichstellung des Briefträgers mit dem caupo und magister nauis wäre demnach erst für die nachklassische Zeit bezeugt.

Im Voraufgehenden kommt der Uebergang zum Interesse etwas plötzlich: is cuius interfuit eam non subripi. Es könnte hier gestrichen sein.

Gai. lib. 10 ad ed. prou. fr. 25 § 7 loc. 19, 2: Qui columnam transportandam conduxit rel. Hier wird der Satz culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque obseruaturus fuisset interpoliert sein.

Ulp. lib. 29 ad Sab. fr. 12 pr. de furtis 47, 2: Itaque fullo, qui curanda poliendaue uestimenta accepit, [semper agit, praestare enim custodiam debet . . nihil est].

Ulpian fuhr nach accepit vielleicht fort: actionem furti habet, si eius interest, hoc est, si culpa fullonis res subrepta sit.

Ulp. lib. 42 ad Sab. fr. 48 § 4 de furt. 47, 2. Hier ist interpoliert: quia custodia rei ad te pertinet.

Paul. lib. 13 ad ed. fr. 4 pr. nautae 4, 9. Hier ist interpoliert: aut alio subripiente ipse nauta soluendo non sit.

Ulp. lib. 29 ad Sab. fr. 14 § 16 de furt. 47, 2. Was auf quaesitum est folgt, ist kaum eine Antwort auf die gestellte Frage und macht ganz den Eindruck, als ob sich die Kompilatoren dabei beteiligt hätten. Statt quia custodia rei ad te pertinet schrieb Ulpian vielleicht quia tua interest, rem non subripi.

d) Leihe.

Pomp. ad Q. Mucium fr. 16 de cond. furt. 13, 1: facile vielleicht späterer Zusatz.

Paul. lib. 39 ad ed. fr. 54 § 1 de furt. 47, 2. Hier könnte in folgender Weise aus- und eingeschaltet sein: Si seruus

(commodatoris ei cui commodauit) commodatoris rem subripuerit [et soluendo sit is cui subreptum est,] Sabinus ait.

Paul. lib. 5 ad Sab. fr. 15 § 2 de furt. 47, 2. Vor ergo könnte etwa ausgefallen sein: hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendi causas habuisti.

e) Verwahrung.

Ulp. lib. 56 ad ed. fr. 2 § 23 ui bon. rapt. 47, 8. Hier ist angehängt nam et furti . . mercedem accepi.

Ulp. lib. 28 ad ed. fr. 5 § 2 comm. 13, 6. Hier ist eingeschoben nisi forte et merces . . deponitur.

Ulp. lib. 30 ad ed. fr. 1 § 35 dep. 16, 3. Hier ist angehängt ita tamen . . casus fortuitos.

IX. Die Endergebnisse, kurz zusammengestellt, wären die nachstehenden.

Wir haben auszugehen von einem primitivrechtlichen Verschuldungsbegriffe, welcher den kleinen, niedern Zufall mitumfaßte. Ausgeschlossen war die höhere Gewalt.

Durch ein Versprechen in Gestalt eines receptum konnte auch die Haftung für höhere Gewalt mitübernommen werden. Ein solches receptum treffen wir an bei der Leihe, dem Speicherinhaber, dem Reeder und Gastwirt.

Im klassischen Recht entwickelt sich bei Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen als Regel eine Haftung für Dolus und Culpa in dem Sinne, daß Culpa nur die zurechenbare Schuld umfaßt. So bleibt denn übrig der kleine oder niedere Zufall, der einerseits von der Culpa ausscheidet und andererseits einen Gegensatz zur höhern Gewalt bildet: custodia in einem besondern Sinne.

Dem entspricht eine rückläufige Bewegung beim receptum. Bei Leihe und beim Reeder beschränkt man die Haftung auf den kleinen Zufall und läßt für höhere Gewalt nur noch den Speicherinhaber aufkommen.

Gajus kümmert sich wenig um das receptum und ist bemüht, die Haftung für custodia auf andere Weise zu be-

gründen. Den Speicherinhaber läßt er für Obhut haften, weil er hierfür bezahlt werde. Daran schließt sich die Haftung des Walkers und Flickschneiders, welche Verdienst haben. Ebenso stehen da Reeder und Gastwirt. Der Entleiher hat Nutzen von der Sache.

Die Haftung für custodia ist von Gajus verquickt worden mit einer andern Frage, der Aktivlegitimation zur furti actio. Auch dem Nichteigentümer stehe diese Klage zu, cuius interest rem saluam esse. Dies gilt zunächst vom Faustpfandgläubiger. Hier haben wir es mit einem Besitzer zu tun, der damals noch gar nicht für custodia haftete. Angereiht wurden Detentionsverhältnisse, für welche die custodia-Haftung besonders begründet wird. Abgesprochen wird von diesem Gesichtspunkte aus die furti actio dem Verwahrer.

Wenn und soweit aber ein Nichteigentümer die furti actio haben soll, wie steht daneben der Eigentümer da? Die Frage wird schon beim Faustpfandgläubiger Schwierigkeiten bereitet haben. Noch deutlicher tritt uns dies beim Walker und Flickschneider entgegen. Die Haftung für custodia können wir hier nicht über Gajus hinaus verfolgen; und ob Ulpian für diese Haftung schon eintrat, bleibt mindestens fraglich. In der Kompilation ist aber die Ansicht des Gajus zur Herrschaft gelangt. Was endlich die Leihe anbetrifft, so erfahren wir durch Justinian in c. 22 de furtis 6, 2 ein Langes und Breites über Streitfragen, die hier auftauchten.

Eingeleitet wird in dieser Konstitution § 1a in folgender Weise: mit Mühe sei erreicht, daß der Entleiher, wenn zahlungsfähig, selber die furti actio habe; daß sie aber bei dessen Zahlungsunfähigkeit dem Eigentümer zustehe.

Dieselbe Teilung der furti actio tritt uns entgegen III, 205a zwischen Walker bzw. Flickschneider einerseits und Eigentümer andererseits. Der Satz wird aber schwerlich schon von Gajus herrühren, sondern später eingefügt sein. Aeußerliches Merkmal: das ausgerückte n̄ = non vor dominus.

Weiter kommt noch in Betracht der Faustpfandgläubiger bei Theoph. IV, 1 § 14.

Daß der Eigentümer in dieser Weise selbst neben einem persönlich Berechtigten bzw. Verpflichteten zurückstehen muß, entspricht in keiner Weise dem klassischen Recht.

Es ist sehr wohl möglich, daß sich hier fremdrechtliche Einflüsse Geltung verschafft haben.

Ihren Anfang hat die custodia-Haftung genommen beim receptum. Vielleicht der älteste Fall, jedenfalls der Hauptfall betraf den Reeder und Gastwirt. Wir befinden uns mithin auf dem Gebiete des See- und Handelsrechtes, das von jeher dem Ausgleich verschiedener Rechte gedient hat.

86. Deliktsfähigkeit. III, 208.

Nach den Zwölftafeln wurden Unmündige ohne Einschränkung für Diebstahl verantwortlich gemacht. Gell. n. a. 11, 18 § 8: pueros inpuberes praetoris arbitratu uerberari uoluerunt noxiamque ab his factam sarciri.

Die Beschränkung auf den proximus pubertati scheint erst auf Julian zurückzugehen. Ulp. fr. 23 de furt. 47, 2: Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Iulianus libro uicensimo secundo digestorum scripsit. Vgl. dazu Pernice, Labeo Bd. 1 S. 219.

Ihm folgt Gaius libro secundo ad edictum prouinciale fr. 111 pr. de diu. reg. 50, 17: Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et iniuriae faciendae.

Der Nachgajaner spricht schon von plerisque placet.

87. Actio ui bonorum raptorum. III, 209.

Es ist sehr streitig, welche Bewandtnis es haben möge mit dem Edikte bei Ulp. fr. 2 pr. ui bon. rapt. 47, 8.

1. Ich halte die von Cohn, Vereinsrecht S. 187 flg. entwickelte Ansicht für richtig, daß die Kompilatoren hier zwei Edikte miteinander verschmolzen haben, die noch im Julianschen Edikt getrennt vorhanden waren. Dagegen hat sich freilich

ausgesprochen Lenel, Ed.[1] S. 317; Ed.[2] S. 380. Derselbe beschränkt sich auf die Annahme zweier Formeln: Ed.[1] S. 318; Ed.[2] S. 381.

Das eine Edikt hatte vielleicht bei Julian folgende Fassung: Si cui ui dolo malo hominibus armatis coactisue damni quid factum esse dicetur. Es wird entsprochen haben dem uns bei Cic. pro Tullio 7 erhaltenen Formelstück: quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabii ui hominibus armatis coactisue damnum datum esse M. Tullio.

Dieses damnum war ein weiter Begriff und umfaßte nach Cic. pro Tull. 42 auch rapinas.

Wir wissen aus Cic. pro Tull. 8, daß dieses Edikt zurückgeht auf die Prätur des M. Lucullus. Keller, Sem. pag. 573 setzt diese Prätur ins Jahr 678/76, während Huschke, Analecta pag. 91 mehr dem Jahre 677/77 zuneigte, nach Mommsen, Röm. Gesch. Bd. 3[7] S. 83 fiel sie ums Jahr 676/78.

Das andere Edikt wird etwa gelautet haben: Si cuius bona dolo malo rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, intra annum quadrupli post annum simpli iudicium dabo.

Ein ui hat meines Erachtens nicht darin gestanden. Das folgt noch nicht aus dem Namen der Klage: zumal die Benennung nach Ulp. fr. 2 § 17 ui bon. 47, 8 auf ein uolgo zurückgeführt wird. Es scheint hier vielmehr in Betracht zu kommen Ulp. fr. 2 § 8 ebenda: Doli mali mentio hic et uim in se habet.

Daß dem Labeo die ui bonorum raptorum actio bereits bekannt war, ersehen wir aus Ulp. fr. 2 § 20 ebenda. Sie gehörte nach IV, 182 zu den infamierenden Klagen, wird aber als solche weder im fr. Atestinum noch der lex Iul. mun. Zle 111. 112 mitaufgeführt.

Beide Edikte, als selbständig nebeneinander bestehend, treten uns noch entgegen bei Ulp. fr. 195 § 3 de uerb. sign. 50, 16: ut de hominibus coactis et ui bonorum raptorum.

Insofern beide sich gegen die rapina richteten, ist ein Hauptunterschied der, daß in dem einen Fall der Raub hominibus armatis coactisue geschehen mußte; was für das andere Edikt nicht zutrifft.

So hat sich denn aus dem damnum hominibus armatis coactisue factum der einfache Begriff der rapina im Laufe der Zeit herausgearbeitet.

2. Ueber die Verschmelzung beider Edikte wäre folgendes zu bemerken.

Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 1338 Anm. 2 hält es für möglich, daß diese Verschmelzung schon im 5. Jahrhundert auf den Rechtsschulen vorgenommen sei. Auf mich macht fr. 2 den Eindruck, als ob bereits Ulpian in seinem Kommentar beide Edikte ineinander gearbeitet hätte. Auf das ältere Edikt ui coactis hominibus beziehen sich die §§ 1. 3—7. 9. 12. 14—16; auf das jüngere Edikt der bona rapta die §§ 8. 11. 13. 17—27; beide Edikte berücksichtigen die §§ 2. 10.

Jedenfalls sind in der Justinianschen Gesetzgebung die beiden Edikte in eins zusammengezogen. Dabei hat man im ältern fortgelassen die Worte ui und armatis; ferner ist dolo malo vor rapta gestrichen.

Nach Lenel, Ed.[2] S. 378 soll ui schon dem Hadrianschen Edikte nicht mehr angehört haben.

88. Das erste Kapitel der lex Aquilia oder Aquillia. III, 210—214.

Die bessere Ueberlieferung soll nach Mommsen, Röm. Strafrt. S. 826 Anm. 4 lex Aquillia sein.

1. Die lex Aquilia oder Aquillia war jedenfalls dem Brutus schon bekannt: Ulp. fr. 27 § 22 ad leg. Aq. 9. 2. Brutus war ein Zeitgenosse des Manilius und P. Mucius Scävola. Das Konsulat des Manilius fällt ins Jahr 605/149, das des Mucius Scävola ins Jahr 621/133.

Außerdem kommt für das Alter dieses Gesetzes in Betracht Theoph. IV, 3, 15. Danach soll es erlassen sein κατὰ τὸν

καιρὸν τῆς διαστάσεως τοῦ χυδαίου δήμου καὶ τῆς συγκλήτου. Ferner heißt es beim Ἀνώνυμος zu Bas. 60, 3 unter 1: ὅτε γὰρ ἐστασίασε τό πλῆθος πρὸς τοὺς συγκλητικοὺς καὶ διέστη ἀπ' αὐτῶν. Damit wird hingewiesen sein auf die letzte Sezession vom Jahre 467/287. Vgl. Pernice, Sachbeschädigungen S. 18 flg.; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 794; Girard-von Mayr, S. 447 flg.

2. In seinem Kommentare zum Provinzialedikte, fr. 2 pr. ad leg. Aq. 9. 2, gibt Gajus den Inhalt des ersten Kapitels etwas anders wieder. Und die Justinianschen Institutionen, pr. de lege Aq. IV, 3, weichen ebenfalls in Einzelheiten ab. Wortgetreu ist keine von diesen Wiedergebungen. Denn in allen findet sich das Wort domino, während aus Ulp. fr. 11 § 6 ad leg. Aq. hervorgehen dürfte, daß statt dessen ero gesagt war.

Der ursprüngliche Text mag etwa gelautet haben: Qui seruum seruamue alienum alienamue quadrupedemue alienam, qua pecudum numerod sit, iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnas esto.

Etwas anders gestalten den Text Pernice, Sachbeschädigungen S. 15 und Bruns-Gr., Fontes[7] pag. 45. Vangerow, Pand. Bd. 3[7] S. 577 verteidigt quadrupedem uel pecudem bei Gai. fr. 2 pr. ad leg. Aq., das sprachlich auch wohl zu halten wäre.

3. Nur das vierfüßige Vieh kommt in Betracht, nicht z. B. Gänse. Nur das vierfüßige Herdenvieh, welches geweidet wird: wie Pferde, Maulesel, Rinder, Schafe, Ziegen, auch Schweine; nicht dagegen wilde Tiere und Hunde. Vgl. § 1 de leg. Aq. IV, 3; Gai. fr. 2 § 2 ad leg. Aq. 9, 2.

89. Wahlrecht zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verfolgung. III, 213.

Besondere Beachtung verdient das dem Eigentümer eines getöteten Sklaven eingeräumte Wahlrecht zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verfolgung.

1. Das capitale crimen ist in Beziehung zu setzen zur lex Cornelia de sicariis, erlassen in den Jahren 671/83 bis 674/80. Dieses Gesetz ergriff aber nur die absichtliche Tötung: Paul. sent. 5, 23 § 3; Marcianus fr. 1 pr. § 2; Paul. fr. 7 ad leg. Corn. de sic. 48, 8; Ulp. fr. 5 pr. ad leg. Aq. 9, 2; c. 6 ad leg. Corn. de sic. 9, 16 vom Jahre 294. Die Strafe war Tod oder Deportation: Pap. Coll. 4, 10 § 1.

Freilich wird das Gesetz selber diesen Satz für fremde Sklaven noch nicht gehabt haben, dasselbe dürfte erst unter den Kaisern in dieser Weise ausgelegt sein: Brunnenmeister, Tötungsverbrechen S. 225.

Das Wahlrecht tritt uns ebenfalls entgegen bei Paul. fr. 4 de publ. iud. 48, 1.

Dagegen läßt Ulpian strafrechtliche Verfolgung noch zu, nachdem schon aquilisch geklagt war: fr. 23 § 9 ad leg. Aq. 9, 2; fr. 14 § 1 de praescr. uerb. 19, 5. Die letztere Stelle ist nach Lenel 2867 interpoliert.

Dieser Ansicht huldigt Gordianus in c. 3 de lege Aq. 3, 35 vom Jahre 241, wie auch die Kaiser Valens, Gratianus, Valentinianus in c. 1 C. Th. uictum ciuiliter 9, 20 vom Jahre 378.

Die letztere Stelle läßt die Streitfrage noch durchblicken, indem sie beginnt: A plerisque prudentium generaliter definitum est. Ihr entspricht c. 1 C. I. quando ciuilis actio 9, 31. Hier sind aber zwei wesentliche Einschaltungen vorgenommen: siue prius criminalis siue ciuilis actio moueatur hinter experiri; und et similiter e contrario hinter consumi. Damit ist eine weitere Entwicklung angezeigt: nicht bloß wenn die Zivilklage voraufging, ist noch strafrechtliche Verfolgung möglich; die Zivilklage kann auch noch angestellt werden, nachdem die strafrechtliche Verfolgung voraufging.

Dieser Entwicklung entspricht der I. I. IV, 3 § 11 aufgenommene Satz.

2. Recht zweifelhaft ist die Frage: ob und in welchem Umfange neben der Zivilklage ein Multverfahren möglich war.

Nur in einer einzigen Stelle wird eines Multverfahrens gedacht, nämlich bei Cic. Brutus 34 § 131: accusator de plebe L. Caesulenus fuit, quem ego audiui iam senem, cum ab L. Sabellio multam lege Aquillia de iustitia petiuisset.

Die Worte de iustitia sind verdorben: Mommsen, Röm. Strafrt. S. 826 Anm. 4; S. 1013 Anm. 2. Am einfachsten ist es wohl, iustitia durch iniuria zu ersetzen, wie schon längst vorgeschlagen. Vielleicht ist iustitia hervorgegangen aus einem iniusia = iniuria. Ein ursprüngliches s ist häufig zwischen Vokalen zu r geworden: Corssen, Aussprache Bd. 1² S. 229 flg.

Und da nur von iniuria, nicht auch von damnum die Rede, wären wir auf das erste Kapitel hingewiesen. So könnte denn dieses Multverfahren gerade die Tötung eines fremden Sklaven betreffen. Eine ähnliche Ansicht hat bereits Huschke, Gajus S. 106 geäußert. Freilich vertauscht er iustitia nicht mit iniuria, sondern dem sehr fragwürdigen rupitia.

Es handelt sich um eine feste Mult, die von jedem aus dem Volke vor dem Prätor eingeklagt werden konnte: Huschke, Multa S. 257. 259. Und zur Geltendmachung einer solchen Strafe wird vor allen Dingen der Beschädigte selber Veranlassung gehabt haben.

Freilich brauchte die Summe nicht ziffernmäßig festzustehen: Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 1³ S. 179. Vielleicht war das quanti id in eo anno plurimi fuit dabei in irgendeiner Weise zugrunde gelegt.

Später wird dieses Multverfahren durch ein strafrechtliches Verfahren in Anlehnung an die lex Cornelia de sicariis ersetzt worden sein.

Eine andere Ansicht über diese Multa haben aufgestellt Rudorff, R. R.G. Bd. 1 S. 99; Pernice, Sachbeschädigung S. 102 flg.; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 794.

90. Das zweite Kapitel der lex Aquilia. III, 215. 216.

Das zweite Kapitel der lex Aquilia führt zurück auf Dinge, die mich bereits beschäftigt haben. Dies gilt insonderheit von dem Verhältnis des Mandates zur adstipulatio.

1. Rudorff, R. R.G. Bd. 1 S. 99 spricht von einer sonderbaren Einschiebung des ganz fremdartigen zweiten Kapitels. Indessen so ganz fremdartig ist der Inhalt des zweiten Kapitels wohl nicht: handelt es doch wie das erste und dritte Kapitel von einem Vermögensschaden.

Vom modernen Standpunkte aus betrachtet, erscheint diese Einschiebung allerdings etwas fremdartig. Dies rührt daher, daß wir scharf zwischen kontraktlicher und außerkontraktlicher Culpa unterscheiden und die Aquilische dann wohl mit der außerkontraktlichen zu identifizieren pflegen.

Die Römer haben aber so scharf gar nicht zwischen kontraktlicher und außerkontraktlicher Culpa unterschieden. Die actio legis Aquiliae umfaßte auch die Kontraktsculpa. Dies ergibt sich schon daraus, daß sie mit den Kontraktsklagen konkurrierte. Vgl. z. B. Alfenus fr. 30 § 2 loc. cond. 19, 2; Labeo fr. 15 § 3 de usu fr. 7, 1; Ulp. fr. 13 de rei uind. 6, 1 u. a. m.

In unserm Falle könnte sogar noch der klagbare Kontrakt, das Mandatum, gefehlt haben: vgl. Erkl. 47. Demselben wird dadurch vorgearbeitet, daß man eine Mandatswidrigkeit der actio legis Aquiliae unterstellt.

Eine ähnliche Erscheinung bietet das furtum usus dar: siehe darüber Erkl. 70. 73.

Vor Entdeckung der Veroneser Handschrift sind über den Inhalt des zweiten Kapitels die verschiedenartigsten Vermutungen aufgestellt worden: siehe darüber Heineccii Ant. Rom. IV, 3 § 9; Hasse, Die Culpa des Römischen Rechts § 12.

2. Das zweite Kapitel mag etwa gelautet haben: Qui adstipulator pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam faxit, quanti ea res esset, tantum aes ero dare damnas esto.

Von der adstipulatio habe ich bereits ausführlich gehandelt Erkl. 25.

Als ein Hauptfall trat uns dort entgegen der Auftrag des Stipulationsgläubigers an einen Dritten, vom Schuldner ein Versprechen entgegenzunehmen, daß er an ihn die schuldige Summe nach dem Tode des Auftraggebers zahlen werde: vgl. III, 117.

Wir haben uns in eine Zeit hineinzuversetzen, wo die Forderungen auf seiten des Gläubigers noch nicht vererblich waren. Der ökonomische Zweck, dem die Zuziehung des adstipulator dienen sollte, wird der gewesen sein: sachlich einen Uebergang der Forderungen auf den Erben zu erwirken. Vgl. Erkl. 25 unter 3.

Bei dem pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam facere haben wir vor allen Dingen an den Fall zu denken, daß der Adstipulator das Geld für sich einstrich. Der Auftrag war aber so zu verstehen: der Beauftragte sollte eine Vertrauensperson sein, die das Geld an die Erben des Stipulators ablieferte. Vgl. Erkl. 25 unter 4.

Ich habe die Vermutung ausgesprochen: daß die Klagbarkeit des Auftrages vom Gewerbe des Bankiers ihren Ausgang genommen hätte. Vgl. Erkl. 47 unter 15. Der Bankier, welcher das Geld hergab, wollte sicher gehen in bezug auf die Rückzahlung des Geldes nach seinem Tode. Vielleicht wurde das Bankiergeschäft von mehreren betrieben. Ein Gesellschafter konnte dann den andern als Adstipulator zuziehen. Der zugezogene Adstipulator war allerdings zunächst nur eine Vertrauensperson. Aber ein Bankier, der solches Geld für sich hätte behalten wollen, sank in der Achtung seiner Mitbürger, insonderheit seiner Standesgenossen. Die Infamie hat der Klagbarkeit des Auftrags die Wege gebahnt. Vgl. Erkl. 47 unter 5.

Auch sonst noch wird sich Verwendung für die Adstipulation gefunden haben. Wir sind bereits III, 83. 84 dem Satze begegnet: daß im Falle einer Arrogation bzw. Begründung

einer Manus die Forderungen zwar übergingen, während die Schulden untergingen. Es wird aber eine Zeit voraufgegangen sein, wo die Forderungen nicht anders behandelt wurden als die Schulden: vgl. Bd. 3 Abt. 1 S. 185. Dem Uebergange der Forderungen von Rechts wegen könnte vorgearbeitet haben eine Adstipulation des Inhalts: ut aliquid post capitis deminutionem coemptionatori aut patri adoptiuo detur. Oder man mochte es vorziehen, statt des coemptionator bzw. pater adoptiuus eine Vertrauensperson vorzuschieben.

91. Das dritte Kapitel der lex Aquilia. III, 217. 218.

Das dritte Kapitel der lex Aquilia mag etwa gelautet haben: Qui seruum seruamue alienum alienamue quadrupedemue alienam, quae pecudum numerod est, uulnerauerit; siue eam quadrupedem, quae pecudum numerod non est, ueluti canem aut feram bestiam uel ursum, leonem uulnerauerit uel occiderit; in ceteris quoque animalibus, qui alienum uulnerauerit uel occiderit; item in omnibus rebus, qua anima carent, qui alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria: quanti id in diebus XXX proximis fuit, tantum ero dare damnas esto.

Wesentlich kürzer ist die Fassung bei Pernice, Sachbeschädigungen S. 15 und Bruns-Gr.[7] S. 46.

Der Bestimmung über den Schadensersatz war plurimi nicht hinzugefügt. Durch das Ansehen des Sabinus kam indes die Meinung zur Geltung, daß aus dem ersten Kapitel auch hierher das plurimi zu übernehmen sei.

Demgemäß sollte der iudex in dieser Weise die Schätzung vornehmen. Wir haben damit eine Auslegung vor uns, die durch das officium iudicis zur Ausführung gelangte.

Das setzt weiter voraus, daß der Prätor in seiner Formel dieses plurimi noch nicht zufügte: er wird sich in dieser Beziehung genau nach dem Gesetze gerichtet haben.

92. Actio legis Aquiliae, utilis, in factum. III, 219. 219a.

Das erste Kapitel der lex Aquilia sprach von einem iniuria occiderit, dem sich im dritten ein uulnerauerit hinzugesellte; außerdem bringt das dritte Kapitel das usserit, fregerit, ruperit iniuria. Das zweite Kapitel behandelte eine Vermögensbeschädigung, die keine Sachbeschädigung war.

1. Man war aber schon in alter Zeit nicht geneigt, dies Gesetz streng wörtlich zu handhaben. Die älteste Erweiterung könnte auf dem Wege der Auslegung geschehen sein. Jedenfalls gaben fast alle Alten schon dem rumpere eine sehr weite Ausdehnung. Ulp. fr. 27 § 13 ad leg. Aq. 9, 2: 'rupisse' uerbum fere omnes ueteres sic intellexerunt 'corruperit'.

2. Da aber allem Anscheine nach die Worte des Gesetzes in der Formel wiederkehrten, mag es häufig vorgekommen sein, daß der Richter die freie Handhabung des Gesetzes ablehnte. Auch waren die großen Rechtsgelehrten nicht stets einerlei Meinung. Vgl. z. B. Ulp. fr. 11 § 5 ad leg. Aq. 9, 2: Proculus respondit Aquiliae actionem esse, sed Iulianus. Man entschloß sich daher zu Formeln in erweiternder Gestalt. Wir begegnen neben der alten Klage sowohl einer actio utilis wie actio in factum.

3. Das Verhältnis dieser drei Klagen zueinander wird uns I. I. IV, 3 § 16 in folgender Weise angegeben. Die actio legis Aquiliae greift Platz, si quis praecipue corpore suo damnum dederit; die actio in factum steht zu, si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit: die Mittelfälle verbleiben der actio utilis.

Daraus ist in der nachrömischen Wissenschaft hervorgegangen die Dreigliederung: damnum corpore corpori datum, damnum corpori datum und damnum nec corpore nec corpori datum. Hasse, Culpa² S. 37 spricht von einer 'neu erfundenen Unterscheidung in den Institutionen'. Er hält die actio utilis und in factum für durchaus einerlei: 'es ist dies so augenscheinlich, daß man es nicht beweisen muß'. Den-

selben Standpunkt nimmt ein Savigny, System Bd. 1 § 45 S. 285 Anm. d, Bd. 5 § 217 S. 96 Anm. i. Nach Pernice, Sachbeschädigungen S. 145 ist diese Dreigliederung mit den Pandekten nicht in Einklang zu bringen. Aehnlich Lenel, Ed.[1] S. 160; Ed.[2] S. 198, und Naber, Mnemosyne N. S. Bd. 26 S. 276. Dernburg, Pand. Bd. 2[4] § 131 Anm. 4 meint, ein späterer Rechtslehrer habe sich die Sache so zurechtgelegt: 'das erschien scharfsinnig und elegant, obgleich es verkehrt und herzlich unwissend war'. Nach Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 1337 stehe der § 16 I. I. darin, daß er von der utilis legis Aquiliae actio oder der in factum ad exemplum legis Aquiliae eine andere actio in factum unterscheidet, keineswegs mit den Digestenjuristen in Widerspruch. Anderer Meinung wiederum Girard-von Mayr S. 451 Anm. 3.

Jedenfalls ist an dem Vorhandensein der Rechtsbildung, wie sie uns in dem angeführten § 16 entgegentritt, nicht füglich zu zweifeln. Sie macht auch nicht den Eindruck, als ob sie erst von den Kompilatoren Justinians herrührte. Wir werden hier eine nachklassische Entwicklung vor uns haben, die sich einschiebt zwischen die Pandektenjuristen und die Kompilatoren Justinians.

4. Augenscheinlich lehnt sich diese Entwicklung unserm § 219 an. Dabei wird es aber von Wichtigkeit, daß wir den ersten Satz und den von mir abgetrennten § 219a auseinanderhalten.

Gajus bemerkt zunächst, daß die actio legis Aquiliae stattfinde, si quis corpore suo damnum dederit. Das ist eine Formulierung, der wir nicht allzu häufig begegnen. Aber sie findet sich z. B. auch bei Ulp. 8 ad ed. fr. 1 § 7 si quadr. 9, 1: quia non ipse suo corpore damnum dedit. Andererseits unterscheidet Ulpian mit Celsus Coll. 12, 7 § 5 zwischen principaliter und non principaliter hic exussit.

I. I. haben der Formulierung bei Gajus ein praecipue hinzugefügt. Also nur vorzugsweise braucht der Schaden durch

durch den eigenen Körper herbeigeführt zu sein. Man hat es demnach mit diesem corpore weniger ängstlich genommen.

5. Für sonstige Fälle verweist uns der Nachgajaner § 219a auf utiles actiones. Er bringt vier Beispiele.

Zunächst: si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necauerit. Hier ist die unmittelbare Todesursache der Hunger. Das Beispiel kehrt I. I. wieder. Neratius bei Ulp. fr. 9 § 2 ad leg. Aq. 9, 2 gewährt in factum actio. Ebenso Ulp. fr. 29 § 7. Dagegen finden wir bei Ulp. fr. 2 § 20 ui bon. rapt. 47, 8 die utilis actio. Und c. 5 de lege Aq. 3, 35 vom Jahre 293 heißt es: legis Aquiliae actione in duplum agere potes. Also alle drei Klagen haben ihre Vertreter. Die letzte Stelle wird mich gleich noch näher beschäftigen müssen: siehe unter 10.

Zweites Beispiel: aut iumentum tam uehementer egerit, ut rumperetur. Justinians Institutionen fügen hinzu: aut pecus in tantum exagitauerit, ut praecipitaretur. Merkwürdigerweise fehlt dieser Zusatz auch in der lex Romana canonice compta. Sollten uns hier I. I. in einer ursprünglicheren Gestalt erhalten sein? Der Zusatz findet sich bei Theophilus und könnte erst von hieraus nachgetragen sein. Er ist wohl entnommen aus Gajus libro tertio decimo ad ed. prou. fr. 51 de furt. 47, 2: Nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur. Bei Neratius fr. 53 ad leg. Aq. 9, 2 heißt es von einem ähnlichen Falle: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.

Drittes Beispiel: si quis alieno seruo persuaserit, ut in arborem ascenderet uel in puteum descenderet, et is, si ascendendo aut descendendo ceciderit, aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. Uebereinstimmend I. I., wenn auch nicht wörtlich. Vgl. ferner Paul. fr. 4 de seruo corr. 11, 3: Sed commodius est utili lege Aquilia eum teneri. Hier könnte interpoliert sein: siehe unter 8.

Viertes Beispiel: si quis alienum seruum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit. Auch dieser Fall ist mit item dem quo alio modo damno dato eingereiht und damit der utilis actio unterstellt worden. Nicht ohne Grund. Denn die unmittelbare Todesursache war nicht der Stoß, sondern das Ersticken. Der gestoßene Sklave hätte ja von andern gerettet werden oder sich selber durch Schwimmen erhalten können.

Anderer Meinung freilich Celsus bei Ulp. fr. 7 § 7 ad leg. Aq. 9, 2: Sed si quis de ponte aliquem praecipitauit, Celsus ait, siue ipso ictu perierit aut continuo submersus est aut lassatus ui fluminis uictus perierit, lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo inlisisset, Celsus glaubt also für Fälle dieser Art mit der legis Aquiliae actio ausreichen zu können. Und so wird auch wohl Ulpian gedacht haben.

Ein ähnliches Bedenken äußert schon unser Nachgajaner, indem er hinzufügt: quamquam bzw. quamuis hic corpore suo damnum dedisse . . intellegi potest.

Und dieser Auffassung gemäß haben I. I. geändert, indem sie mit sed si einsetzen und am Schlusse hinzufügen: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur.

6. Sofern eine Tötung in Frage steht, wird unterschieden zwischen occidere und mortis causam praestare bzw. praebere: je nachdem der Tod nur als mittelbare oder als unmittelbare Folge der Handlung erscheint. Nicht bloß bei der lex Aquilia, sondern auch bei der lex Cornelia des icariis. Siehe wegen der letztern Ulp. fr. 4 § 1 fr. 15 D. 48, 8; Paul. sent. 5, 23 § 1. Coll. 1, 4 § 1. Beim mortis causam praestare gewährt Celsus bei Ulp. fr. 7 § 6 ad leg. Aq. 9, 2 in factum actio. Sachlich stimmt schon Ofilius bei Ulp. fr. 9 § 3 und Labeo bei Ulp. fr. 9 pr. ebenda hiermit überein. Vgl. ferner Iul. fr. 51 pr. Ulp. fr. 11 § 1 ebenda. Sodann wäre zu beachten Ulp. ad Sab. fr. 14 § 1 de praescr. uerb. 19, 5.

Hier haben wir überall in factum actio, während der Nachgajaner nur eine utilis actio kennt.

7. Die actio in factum tritt uns in doppelter Gestalt entgegen. Teils heißt es von ihr: mit derselben werde gehaftet; teils: sie müsse gegeben werden. Bei diesem Punkte ist einzusetzen.

Es bemerkt Ulp. fr. 7 § 6 ad leg. Aq. 9, 2: Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia sed in factum actione teneatur. unde adfert eum qui, uenenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum. Ferner heißt es bei Ulp. fr. 9 § 2 ebenda: Si quis hominem fame necauerit, in factum actione teneri Neratius ait. Und bei Ulp. fr. 11 § 1 daselbst: Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur. Sodann sagt Neratius fr. 53 ad leg. Aq. 9, 2: Boues alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.

Dem gegenüber stehen folgende Stellen. Ofilius bei Ulp. fr. 9 § 3 ad leg. Aq. 9, 2: in factum esse dandam actionem. Labeo bei Ulp. fr. 9 pr. ebenda: in factum actionem dandam. Derselbe bei Ulp. fr. 50 § 4 de furtis 47, 2: in factum dandam actionem. Labeo und Quintus bei Ulp. fr. 7 § 7 de dolo malo 4, 3: in factum actionem dari debere. Proculus fr. 55 de adq. rer. dom. 41, 1: actionem mihi in factum dari oportere. Derselbe Coll. 12, 7 § 8: in factum actionem dandam. Celsus bei Ulp. fr. 27 § 14 ad leg. Aq. 9, 2: in factum agendum. Derselbe Coll. 12, 7 § 5: in factum agendum. Ulpian fr. 29 § 7 ad leg. Aq. 9, 2: in factum actio danda est. Derselbe fr. 14 § 1 de praescr. uerb. 19, 5: in factum agendum.

In obigen Stellen sind mitbegriffen die vier Beweisstellen

Karlowas: fr. 50 § 4 D. 47, 2; fr. 7 § 7 D. 4, 3; fr. 55 D. 41, 1; fr. 14 § 1 D. 19, 5. Karlowa nimmt eine andere Gedoppeltheit der actio in factum an, auf die ich noch zurückkommen werde: siehe unter 14.

Weiter käme in Betracht Pomponius fr. 18 de seru. pr. urb. 8, 2: in factum actio mihi competit. Das competit ist interpoliert für danda est. Vgl. Paul Krüger, Z. R.G. Bd. 29 S. 5.

Ferner ist interpoliert bei Ulpian fr. 27 § 9 ad leg. Aq. 9, 2: puto utilem competere actionem. Ulpian schrieb vielmehr, wie wir ersehen aus Coll. 12, 7 § 7: puto ad exemplum Aquiliae dandam actionem. Und zwar ist bei dieser Klage ad exemplum Aquiliae, wie der Zusammenhang ergibt, die actio in factum gemeint.

8. Die letzten beiden Stellen geben Veranlassung zu einer Nebenbemerkung. Wie hier könnte die utilis actio auch noch anderswo interpoliert sein. Verdächtig ist mir namentlich Ulp. fr. 2 § 20 ui bon. rapt. 47, 8: agi tamen cum eo ui bonorum raptorum non posse Labeo ait: sane dolo caret: si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia. Soll das utili lege Aquilia sich gar schon mit Labeo verbinden? Aber mit sane dolo caret setzt doch Ulpian ein. Ferner muß vor etiam etwas ausgefallen sein. Sodann ist utili lege Aquilia eine etwas harte Abkürzung. Bei Gai. fr. 51 de furt. 47, 2 heißt es z. B. utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia.

Ebenso möchte ich Anstoß nehmen an dem utili lege Aquilia bei Paul. fr. 4 de seruo corrupto 11, 3.

Wir bewegen uns also auf einer Grundlage, wo wir vor Interpolationen keineswegs sicher sind. Ferner ist die Ausdrucksweise nicht immer unzweideutig. Dies gilt insonderheit von dem einfachen actionem dare. Trotzdem tritt uns die Doppeltgestalt der actio in factum in einer ganzen Reihe von Stellen mit großer Deutlichkeit entgegen. Teils ist es eine Klage, quae ad exemplum legis Aquiliae datur, bzw. qua

tenetur; teils soll sie noch erst gegeben werden, ad exemplum Aquiliae dandam esse.

Wo sie noch erst gegeben werden soll, muß sie besonders erbeten werden. Bei Ulpian Coll. 12, 7 § 8 begegnen wir dem actionem in factum inpetrare. Ein solcher Antrag erforderte eine besondere Prüfung, die in einem Vortermine geschehen sein wird. Ohne besonderes Dekret war diese Klage nicht möglich. Wer, ohne ein solches Dekret erlangt zu haben, klagend auftreten wollte, dem stand entgegen die exceptio non impetratae actionis. Vgl. c. 2 C. I. de form. 2, 57 = c. 1 C. Th. de omissa actionis impetratione 2, 3 vom Jahre 428 sowie die interpretatio zu c. 1 C. Th.

Dagegen eine Klage, qua tenetur, und vielfach auch quae datur, die wird im Album des Prätors gestanden haben. Hier war kein Vortermin und keine Vorprüfung nötig. Es müßte denn etwa das Edikt ein causa cognita oder einen ähnlichen Zusatz enthalten haben.

Unsern Ausgang haben wir zu nehmen von einer actio in factum, die besonders erbeten werden mußte. Nur eine solche actio in factum scheinen die ältern Rechtsgelehrten wie Ofilius, Labeo, Proculus zu kennen. Dagegen bei Celsus treten uns schon beiderlei actiones in factum entgegen. Vgl. einerseits Celsus bei Ulp. fr. 7 § 6 ad leg. Aq. 9, 2, andererseits bei Ulp. Coll. 12, 7 § 5.

9. So hat sich denn ergeben, daß die Erweiterung des der lex Aquilia unterstellten Gebietes in verschiedener Weise vor sich ging.

Einmal durch Auslegung. Schon fast alle Alten verstanden das rumpere von einem corrumpere und erweiterten damit zugleich das Anwendungsgebiet der gesetzlichen Klage.

Dann gewährte man aber auch eine in factum actio, die zunächst wohl immer besonders erbeten werden mußte, bis dann auch feststehende Formulare im Album des Prätors Platz fanden.

So gelangen wir denn zu zweierlei Arten von in factum actiones.

Daneben ist von utiles actiones die Rede. Was hat es denn damit für eine Bewandtnis? Die Gedoppeltheit der in factum actio, wie angegeben, werden wir auch den utiles actiones nicht fernhalten wollen. So könnten die vier Klagen des § 219 a dem Album des Prätors entnommen sein, während die utilis actio bei Gai. fr. 51 de furtis 47, 2 vielleicht besonders erbeten werden mußte.

Es handelt sich überhaupt um einen Gegensatz, welcher das Klagensystem der klassischen Zeit durchzieht; mit dem mich näher zu beschäftigen, ich später noch Gelegenheit finden werde. Im Justinianschen Recht ist dieser Gegensatz jedenfalls insofern abgetan, als von einer non impetratae actionis exceptio keine Rede mehr sein kann. Und wenn diesem Gegensatze auch für das klassische Recht eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen sollte, muß er doch hier zurücktreten, sofern er beiden besprochenen Klagegattungen eigen sein sollte. Eben so wenig wird mit diesem Gegensatze etwas anzufangen sein, das uns eine Erklärung darböte für die Dreigliederung im § 16 von I. I. IV, 3.

10. Mit einer utilis actio verbindet sich die Vorstellung, daß eine andere Klage über ihr ursprüngliches Gebiet ausgedehnt sei. Dieselbe Erscheinung ist uns aber auch schon bei unserer in factum actio entgegengetreten. Also wiederum keine Verschiedenheit.

Nun sehen wir aber, wie noch in späterer Zeit eine utilis actio durch eine directa ersetzt wurde. Das muß doch einen bestimmten Zweck gehabt haben. In dieser Beziehung kommt namentlich eine Stelle in Betracht, mit der sich schon Zachariä von Lingenthal, Z. R.G. Bd. 21 S. 227 näher beschäftigt hat. Es handelt sich um c. 5 Impp. Diocl. et Max. de lege Aquilia 3, 35 vom Jahre 293: De pecoribus tuis, quae per iniuriam inclusa fame necata sunt uel interfecta, legis Aquiliae actione in duplum agere potes.

Die Stelle wird Bas. 60, 3 cap. 62 so wiedergegeben: Ὁ θρέμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῷ διαφθείρας κατέχεται τῷ Ἀκουϊλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ.

Vor ἢ λίμῳ wird wohl etwas ausgefallen sein, das dem uel interfecta entsprach, etwa: ἢ φονεύσας. Der Eintritt der Verdoppelung ist näher bestimmt durch ἐξ ἀρνήσεως 'wegen Verneinung'.

Jedenfalls wird mit dem uel interfecta hingewiesen auf eine andere Todesart als das Verhungern, wobei vor allen Dingen an das occiderit des Gesetzes zu denken sein wird. In beiden Fällen soll die legis Aquiliae actio aufs Doppelte gehen.

Nun untersteht aber das Verhungernlassen von Vieh nach III, 219a wie I. I. § 16 einer utilis actio. Jetzt soll die directa dafür eintreten und zwar aufs Doppelte gehen. Also hat sich diese Verdoppelung bei der utilis actio wohl nicht von selber verstanden.

In dieser Beziehung ist beachtenswert eine Anmerkung aus dem Index des Thaleläus, 533 Antecessor zu Berytus, zum Gesetzestext der Basiliken, siehe Heimbach, Basiliken Bd. 6 S. 360. Sie lautet: καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὡρισμένος Ἀκουΐλιος καὶ τῶν διπλασιαζομένων ἐστί· πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντίᾳ δόξῃ κεκράτηνται, τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες.

Das ὡρισμένος braucht Thaleläus nach Zachariä nicht selten für οὔτιλις. Er nimmt sogar in unserer Codexstelle eine Interpolation an: die dann wohl so zu denken, daß die utilis actio gestrichen wäre.

Die fragliche Stelle, wie sie überliefert, enthält den Satz: daß eine actio legis Aquiliae aufs Doppelte nicht bloß zustehe wegen pecora interfecta, sondern auch wegen pecora fame necata. Das war eine Aenderung des bisherigen Rechtes. Das fame necare wurde nach III, 219a nicht aufgefaßt als ein corpore suo damnum dare. Und damit mag zusammenhängen die Einschiebung des praecipue in I. I. IV, 3 § 16, obwohl gleich darauf das fame necare den utiles actiones unterstellt wird.

Nun bemerkt allerdings Thaleläus, daß auch die utilis actio legis Aquiliae aufs Doppelte gehe. Das sieht freilich so aus, als ob die Kaiser Diocletian und Maximian die Klage wegen fame necare noch immer als eine utilis aufgefaßt, aber gleichwohl die Verurteilung ins Doppelte vorgeschrieben hätten.

Noch wichtiger ist der zweite Satz bei Thaleläus. Viele wurden beherrscht von der gegenteiligen Meinung: verwarfen also bei der utilis actio die Verurteilung ins Doppelte, weil sie τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως nicht gekannt.

Diese Begründung betrifft nach Zachariä 'nicht die Verordnung selbst, sondern einen in der Fassung, die sie im Justinianischen Codex erhalten, in derselben enthaltenen Satz'.

Es handelt sich also noch um die vorjustinianische Zeit. Viele kümmerten sich nicht um das Gesetz der beiden Kaiser. Diese tadelt Thaleläus. Demnach wird wohl die entgegengesetzte Meinung durchgedrungen sein. Wie die eine utilis actio wird man auch andere Klagen dieser Gattung behandelt haben. Und für diese Gleichstellung der utiles actiones mit den actiones directae wird unser Kaisergesetz in irgendeiner Weise von einschneidender Bedeutung gewesen sein.

Näher den Inhalt dieses Kaisergesetzes zu ermitteln, ist angesichts der bisherigen Ueberlieferung kaum möglich. Man könnte meinen, für diese Gleichstellung der utiles actiones mit den directae hätte das Kaisergesetz die Grundlage und den Ausgangspunkt abgegeben. Wahrscheinlicher ist mir, daß nur eine Streitfrage geschlichtet wurde, indem die Kaiser sich auf die Seite derer stellten, die auch bei actiones utiles eine Verurteilung ins Doppelte eintreten ließen. Beim Verhungernlassen gingen die Kaiser aber noch weiter, indem sie diesen Fall durch Gewährung der directa actio der Streitfrage überhaupt entrückten.

11. So fehlt es denn für die klassische Zeit keineswegs an einem Gegensatze zwischen directa und utilis actio. Die erstere bewirkte bei Ableugnung Verurteilung ins Doppelte,

wovon bei der utilis actio abgesehen wurde; mindestens war die Sache zweifelhaft.

Für das Justiniansche Recht verstand sich diese Gleichstellung von selber und brauchte nicht besonders ausgesprochen zu werden infolge der allgemeinen Regel bei Paul. 1 sent. fr. 46 § 1 de neg. gest. 3, 5: Nec refert directa quis an utili actione agat uel conueniatur — wie ihn die Kompilatoren verstanden wissen wollten. Die Interpolation des quia-Satzes hat nach P. Krüger, Dig.[11] schon Faber behauptet. Bedenken gegen die Interpolation hat freilich geäußert Hartmann-Ubbelohde, Röm. Gerichtsverf. S. 531 Anm. 45a.

12. Es bleibt noch zu erörtern: wie verhalten sich utilis und in factum zueinander?

Die Erörterung dieses Gegensatzes hat mit großen Schwierigkeiten zu kämpfen. Wie wir schon unter 8 gesehen haben, ist utilis actio nicht selten interpoliert statt in factum. Aber auch beim in factum sind wir vor Interpolation nicht sicher. Die rechtliche Auffassung könnte somit im Laufe der Zeit eine Aenderung erfahren haben.

Den actiones in factum des klassischen Rechtes hat eine eigene Abhandlung gewidmet von Pokrowsky, Z. R.G. Bd. 29 S. 7 flg. Danach wären alle prätorischen Klagen, aber auch nur prätorische Klagen actiones in factum. Dagegen hat sich erklärt Erman, Z. R.G. Bd. 32 S. 261 flg. Wogegen sich von Pokrowsky, Z. R.G. Bd. 33 S. 99 flg. wieder zu verteidigen sucht.

Meines Erachtens berührt sich diese Frage mit einem andern Gegensatze, den ich zum Ausgang nehmen will: der Unterscheidung von formula in ius und in factum concepta. Da ich aber später Gelegenheit finden werde, mich mit diesen Gegensätzen eingehender zu beschäftigen, beschränke ich mich für jetzt auf Prüfung einer Ansicht, die Lenel schon Ed.[1] S. 159 ausgesprochen und Ed.[2] S. 197 wiederholt hat. Es heißt hier: 'Zu warnen ist meines Erachtens im ganzen Gebiet der actiones

utiles vor dem Gedanken, als könnten aus der Art und Weise, wie die Quellen dieselben bezeichnen — ob als actio utilis oder als actio in factum — Schlüsse auf die Konzeption der Formel gezogen werden. Es kann vielmehr keinem Zweifel unterliegen, daß die Juristen beide genannten Ausdrücke promiscue gebrauchen. Actio in factum ist nicht etwa in factum concepta, sondern einfach die mit Rücksicht auf den konkreten Tatbestand gebildete im Gegensatz zu der formula uulgaris des Edikts, mag im übrigen die Fassung sein, wie sie will; und actio utilis ist die ad exemplum legis Aquiliae erteilte, einerlei ob in factum oder fiktizisch oder mit Personenumstellung konzipiert'.

Die actio in factum umfaßte jedenfalls die formula, quae in factum concepta est. Und wenn es IV, 107 heißt: si uero in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest — so ist bei diesem in factum actum nur zu denken an die formula in factum concepta. Vgl. schon Erman, Z. R.G. Bd. 32 S. 297. So heißt es denn auch beim Komm. von Autun § 107 ausdrücklich: nam est et in factum concepta, nämlich intentio. Ferner hat sich der in Bezug genommene Gegensatz zwischen formula in ius und in factum concepta bei der lex Aquilia ebenfalls Geltung verschafft: siehe IV, 109 und Komm. von Autun 103. Wenn nun das in factum actum bei Gai. IV, 107 nur von einer formula in factum concepta verstanden werden kann, warum sollte es sich anders verhalten mit der in factum actio, die uns oben unter 7 bei Ofilius, Labeo, Proculus, Celsus, Neratius u. a. entgegengetreten ist?

Das entscheidende Merkmal für die formula in ius concepta ist die iuris ciuilis intentio: IV, 45. Wo wir eine solche finden, haben wir demnach eine formula in ius concepta anzunehmen.

Bei der Publiciana handelt es sich nach IV, 36 um ein eius ex iure Quiritium esse oporteret. Darin ist schon dem Wortlaute nach ebenfalls enthalten: eius ex iure Qui-

ritium esse. Und wenn jemand sachlich ebenso behandelt werden soll, als ob ihm ein zivilrechtlicher Anspruch zustehe, wird doch auch prozessualisch die Intentio dem ius ciuile zu überweisen sein.

Dasselbe muß gelten von der Fiktion sonstiger zivilrechtlicher Ansprüche. So werden dem bonorum possessor Klagen gegeben, wie wenn er Erbe wäre: IV, 34. Ebenso dem bonorum emptor: IV, 35. Der Peregrine wurde als römischer Bürger fingiert: IV, 37.

Wenn ferner nach IV, 38 eine Capitis Deminutio wegfingiert wurde, um eine zivile Schuld auf dare oportere wieder aufleben zu lassen: so kann die Intentio doch unmöglich anders als in ius gefaßt gewesen sein.

Dann sind zu erwähnen die Klagen mit Personenumstellung: z. B. IV, 35 die actio Rutiliana des bonorum emptor. Es ist nicht einzusehen: wie ein in der condemnatio eintretender Wechsel im Subjekt der Intentio ihre Eigenschaft als in ius concepta hätte entziehen können.

Dasselbe gilt von der actio de peculio, wie sie Keller, Litis Cont. S. 429 und Lenel, Ed.[1] S. 225, Ed.[2] S. 273 gebildet haben.

Von den beigebrachten Beispielen hat für uns das meiste Interesse die Fiktion des Peregrinen zum römischen Bürger, weil sie mit der lex Aquilia in Verbindung gebracht worden. Ein so fingierter Peregrine konnte ex lege Aquilia klagen und verklagt werden. Hier haben wir einerseits eine utilis actio, andererseits eine formula in ius concepta.

Es beschränkt sich aber die utilis actio nicht auf eine formula in ius concepta, sie kann auch in factum gefaßt sein. So heißt es z. B. bei Pap. fr. 26 § 3 de pact. dot. 23, 4: utilis tamen in factum danda est.

Dagegen beschränkt sich wiederum die in factum actio nicht auf das Gebiet der utilis actio. Ich verweise z. B. auf die actio in factum aduersus nautas caupones stabularios bei Ulp. fr. 1 pr. Dig. 4, 9. Siehe dazu Lenel, Ed.[2] S. 199.

Wir gelangen mithin zu zwei Begriffen, die sich einander schneiden. Die utilis actio kann sein in factum oder in ius concepta. Die in factum actio braucht aber nicht utilis zu sein, sowenig wie die in ius concepta. So wird der Gegensatz auch hingestellt Bas. 60, 3 cap. 63 schol. 3: ὁ μὲν γὰρ οὐτίλιος Ἀκουΐλιός ἐστι καὶ ἰν φάκτουμ, ἡ δὲ ἰν φάκτουμ οὐκ ἤδη ἐστὶν οὐτίλιος Ἀκουΐλιος.

Lenel, Ed.[2] S. 199 Anm. 2 versteht dieses Scholion dahin: 'wo die actio utilis für eine Unterart des weiteren Begriffs actio in factum erklärt wird'. Es heißt aber von der utilis actio nicht ἐστιν ἀεὶ ἰν φάκτουμ, sondern ἐστι καὶ ἰν φάκτουμ.

13. Weiter bemerkt Lenel: 'Wo dagegen jemand einen andern durch bloßes Abhandenbringen einer Sache geschädigt hatte, wurde jede solche Anknüpfung unmöglich, und trat daher, außer in der condemnatio, die Anlehnung an die lex Aquilia in der Formel nirgends hervor. Auf diesen Gradunterschied zwischen den zum dritten Kapitel gehörigen actiones utiles mag irgendein klassischer Jurist aufmerksam gemacht haben, und daraus fabrizierten die Institutionenverfasser dann den Zusatz zu Gai. III, 219, der den anstößigen Schluß des § 16 I. cit. bildet'.

Die condemnatio mag zunächst außer Ansatz bleiben. Jedenfalls unterscheidet Lenel eine actio in factum, die ohne Anknüpfung an das Gesetz dessen Gebiet beim Abhandenbringen erweitert, von einer solchen actio in factum, wo diese Anknüpfung gegeben. Wo aber jede Anknüpfung an das Gesetz unmöglich, haben wir keine utilis actio mehr im eigentlichen und engern Sinne. Wir kommen also immer wieder zurück auf zwei Arten von in factum actiones, von denen die eine als utilis actio gelten konnte, während die andere, ohne eine Anknüpfung darzubieten, gleichwohl das Gebiet des Gesetzes erweiterte. Und wenn die actiones in factum mit Anknüpfung ebenso wie die auf formula in ius concepta beruhenden das Gesetzesgebiet erweiterden als utiles bezeichnet

wurden, so konnten sehr wohl die actiones in factum ohne Anknüpfung daneben als eine besondere Gattung in Betracht kommen.

14. Eine Gedoppeltheit der actio in factum ist uns unter 8 bereits in der Weise entgegengetreten: daß sie teils besonders erbeten werden mußte, andererseits es zu einer bestimmten Formel gebracht hatte.

Daneben ist nun eine neue Gedoppeltheit zu verzeichnen: je nachdem sich die actio in factum mehr oder weniger dem Gesetze anlehnte bzw. als selbständige Klage hervortrat.

Beide Gedoppeltheiten sind zunächst prozessualer Natur, könnten aber auch sachliche Verschiedenheiten im Gefolge gehabt haben.

In dieser Beziehung behauptet Karlowa, Z. R.G. Bd. 2 S. 1337 anlangend die zweite Gedoppeltheit: daß die selbständige actio in factum gegen den Leugnenden nicht aufs Doppelte ging und bezüglich der eigentümlichen Schätzung des Schadens die actio legis Aquiliae nicht nachahmte. Nirgends soll sich von diesen Wirkungen bei der betreffenden actio in factum eine Spur finden.

Das wäre freilich noch kein Beweis. Und ob sich die Behauptung Karlowas streng beweisen läßt, ist mir zweifelhaft. Warum soll sie aber nicht möglich sein? Vielleicht sprechen für diese Möglichkeit sogar Wahrscheinlichkeitsgründe.

Was zunächst die Verurteilung des Leugnenden ins Doppelte anbetrifft, so ergaben sich bereits Anhaltspunkte dafür, daß sie sich bei den utiles actiones nicht von selber verstand: siehe unter 10. Und als sie sich hier allmählich festsetzte, könnten die selbständigen actiones in factum außer Spiel geblieben sein. Hieraus würde sich zugleich erklären, daß die utilis actio statt der in factum interpoliert wurde: siehe unter 8. Aber nicht allen actiones in factum ist es so ergangen; insonderheit nahm man den Fall aus, wo jemand aus Mitleid gehandelt hatte.

Was dann das Abstreifen der eigentümlichen Schadens-

schätzung anbetrifft, so bot hierfür vielleicht das Aquilische Gesetz schon selber eine Handhabe dar. Im zweiten Kapitel hieß es nach III, 215 einfach: quanti ea res esset, tanti actio constituitur. Und der hier behandelte Fall hat insofern mit der Entfesselung eines Sklaven eine gewisse Aehnlichkeit, als für ihn sogar in höherem Grade auch die Voraussetzung zutrifft: si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit.

Lenel, Ed.[2] S. 193 behauptet von diesem zweiten Kapitel: 'das nach des Ulpian Zeugnis — fr. 27 § 4 h. t. — in desuetudinem abiit, nach dem des Gajus (III, 216) zu dessen Zeit schon für ein superfluum galt, hat wohl schwerlich einen Platz im Hadrianschen Edikt gefunden'.

Indessen Gajus hält die hier eingeführte Klage überhaupt für überflüssig, mißt ihr aber noch Bedeutung bei wegen Verurteilung des Leugnenden ins Doppelte. Und wenn Ulpian in seinem Ediktskommentare des zweiten Kapitels mit den Worten gedenkt: Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit, so scheint mir das eher für eine Aufnahme im Hadrianschen Edikt als dagegen zu sprechen.

15. Uebrigens ist das Beispiel vom gefesselten Sklaven schon älter, bereits Labeo beschäftigte sich mit demselben. Es heißt bei Ulp. fr. 7 § 7 de dolo 4, 3: Idem Labeo quaerit, si compeditum seruum meum ut fugeret solueris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere.

Was es mit dem Quintus für eine Bewandtnis haben mag, ist zweifelhaft: vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 84 flg.; Paul Krüger, Quellen[2] S. 157 Anm. 24.

Wir haben es zu tun mit einer Klage, die besonders bewilligt werden mußte: siehe darüber unter 7.

Ferner bewegt sich diese Klage auf einem Gebiete, das sowohl der furti actio wie der damni iniuriae actio nahe-

stand: siehe darüber Erkl. 76. Das spricht um so mehr für ihre Selbständigkeit.

Die Fassung des Klagegrundes mag man sich etwa in dieser Weise vorstellen: Si paret N^m N^m compeditum seruum A^i A^i ut fugeret misericordia soluisse.

Zuvörderst scheint man indes, wie unsere Stelle vermuten läßt, sie mehr als eine Erweiterung der furti actio aufgefaßt zu haben.

Als sich dann aber bei der furti actio die Voraussetzung des dolus mehr und mehr festsetzte, wird die Erweiterung der damni iniuriae im Laufe der Zeit in den Vordergrund getreten sein.

So wurde diese Klage denn I. I. IV, 3 § 16 den utiles actiones bei Gajus III, 219a angereiht, aber als Beispiel einer besonders gearteten actio in factum.

93. Iniuria. Aeltere Rechtszustände. III, 220. 223.

Wegen der Litteratur über iniuria im allgemeinen verweise ich auf Girard, Mélanges Gérardin S. 256; Girard-von Mayr S. 434 Anm. 1; Mainzer, Die ästimatorische Injurienklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung, 1908, S. 14 bis 28. Die Schrift von Leonard Vos Iniuria en de actio iniuriarum, 1913 ist vergriffen und war mir nicht zur Hand: siehe darüber J. van Kan, Z.R.G. Bd. 49 S. 436 flg.

1. Iniuria in allgemeiner Bedeutung ist so viel wie Rechtswidrigkeit. Vgl. Ulp. fr. 1 de ini. 47, 10: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur; Paul. Coll. 2, 5 § 1: generaliter dicitur iniuria omne, quod non iure fit. Ich beschränke mich hier auf die iniuria im engern Sinne.

Das Zwölftafelrecht kennt schon iniuria im Sinne von Beleidigung. Denn so ist zu verstehen tab. VIII, 4: Si iniuriam faxsit, uiginti quinque poenae sunto.

Dieser Begriff erleidet aber eine wesentliche Beschränkung. Pernice, Labeo Bd. 2² Abt. 1 S. 22 engt ihn ein auf ehrenrührige Antastung des Körpers, auf Schläge, Püffe und

Ohrfeigen'. Mommsen, Röm. Strafrt. S. 787 scheint 'iniuria schlechthin' . . 'die einfache Realinjurie zu bezeichnen'. Triebs, Zur lex dei Heft 1 S. 123 scheidet aus die Verbalinjurie. Wir hätten es demnach zunächst nur mit Tätlichkeiten zu tun.

Der tätlichen Beleidigung war aber bei den Römern ein weiteres Gebiet eingeräumt, als dies heutzutage der Fall ist. Es kommen hinzu nach tab. VIII, 2. 3: Si membrum rupsit und Manu fustiue si os fregit. Das wären Sonderfälle neben der lex generalis nach Paul. Coll. 2, 5 § 5: fuerunt et speciales. Auf diese Weise wird angereiht, was wir der Körperverletzung unterstellen.

Das unter tab. VIII, 1a dem Plin. n. h. 28, 2 § 17 entnommene Qui malum carmen incantassit wird sich ursprünglich bezogen haben auf das Singen von Zauberformeln, um Leben und Gesundheit eines andern zu schädigen: siehe Huvelin in Mélanges Appleton S. 430 flg. und dazu Kübler, Z. R.G. Bd. 38 S. 441 flg.

Aehnlich verhält es sich mit dem occentauisset bei Cic. de rep. 4, 10 § 12 = tab. VIII, 1b: contra duodecim tabulae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putauerunt, si quis occentauisset siue carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumue alteri.

Das condere bezieht sich auf die Abfassung des Liedes; wir brauchen aber dabei nicht gleich an die Schrift zu denken.

Das occentare vollzog sich nach Huvelin S. 412 flg. regelmäßig vor einem Hause bzw. einer Haustür. Ihm wurde beigelegt une force magique, qui contraint les portes les plus rebelles à s'ouvrir. Es wird von Huvelin zusammengebracht mit tab. II, 3 ob portum obuagulatum ito.

Das quod ist alter Ablativ mit d. Vgl. Arnobius adu. gentes 4, 34: carmen malum conscribere quo fama alterius coinquinetur. Einem solchen quod sind wir auch bei Gajus schon mehrfach begegnet: siehe zu III, 170. 174. 176. 218.

Huvelin neigt der Ansicht zu, daß wir in der Stelle des Cicero einen nur wenig veränderten Text der Zwölftafeln vor uns hätten. Genauer stellt er sich den Text der Zwölftafeln S. 444. 445 in dieser Weise vor: qui (oder si) occentauisset siue carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumue.

Aber infamia und flagitium bedeuteten damals etwas ganz anderes als in späterer Zeit, und Cicero habe den von ihm gebrachten Text schon gar nicht mehr verstanden.

Aehnlich verhalte es sich mit Festus Th. 196: Occentauissent antiqui dicebant, quod nunc conuicium fecerit. Denn in dieser Gleichstellung mit conuicium haben wir nach Huvelin S. 430 kein Zeugnis aus alter Zeit zu erblicken, sondern nur une preuve de la confusion qui s'est opérée sans doute à partir de VIIe siècle U. C.

Auf diese Weise kann es nicht wundernehmen, daß der Begriff carmen eine recht unbestimmte Färbung bekam. So sagt Cic. Tusc. disp. 4, 2 § 4 vom carmen der Zwölftafeln ganz allgemein: quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam, lege sanxerunt. Sehr modern klingt es hingegen, wenn wir bei Arnob. adu. gent. 4, 34 lesen: carmen malum conscribere, quo fama alterius coinquinetur et uita decemuiralibus scitis rel. Und bei Paul. sent. 5, 4 § 6 begegnen wir einem lege duodecim tabularum de famosis carminibus.

Für uns ist vor allem die Feststellung wichtig, daß malum carmen incantare und occentare im Laufe der Zeit ihre Bedeutung wesentlich verändert haben.

2. Einem derartigen Rechtszustande lehnten sich die Prätoren an mit ihrer ästimatorischen Injurienklage. Gell. n. a. 20, 1 § 13: praetores . . iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt. Die Stelle ist entlehnt dem Zwölftafelkommentare des Labeo.

3. Mit den hier erwähnten Rekuperatoren beschäftigt sich eingehend Girard, Mélanges Gérardin S. 255 flg.

An älteren Stellen sind schon längst weiter herangezogen

und werden auch von Girard besprochen: Cic. de inuent. 2, 20 §§ 59. 60 und rhet. ad Herennium 2, 13 § 19. In der ersteren ist die Rede von einem recuperatorium iudicium, in der zweiten stoßen wir auf einen iudex. Die übrigen Stellen gehören sämtlich der Kaiserzeit an und sind meistens den Digesten entlehnt; sie bringen alle den iudex.

Angesichts dieses Quellenmaterials ist Girard zu folgenden Ergebnissen gelangt.

Die Bestellung von Rekuperatoren in Rom bei Streitigkeiten unter römischen Bürgern wegen Beleidigungen beschränkte sich auf die mit Tätlichkeiten verbundenen 'au cas de voies de fait' und habe nur kurze Zeit gedauert: denn gerade für dieses Gebiet sei die prätorische Beleidigungsklage durch die lex Cornelia de iniuriis beseitigt worden. So erkläre sich der iudex beim rhet. ad Herennium, wo Wortbeleidigungen in Frage gestanden hätten.

4. Nach Lenel, Ed.[2] S. XIV 'ist Girard der Beweis seiner These nicht gelungen'. Insonderheit sei die Annahme, 'die lex Cornelia habe die prätorische Injurienklage bei körperlicher Mißhandlung abgeschafft', mit Gai. III, 224. 225 sowie Paul. Coll. 2, 6 §§ 3. 4 'unvereinbar'.

5. Die lex Cornelia beschränkte sich nach Ulp. fr. 5 pr. de ini. 47, 10 und I. I. IV, 4 § 8 zunächst auf folgende Fälle: quod se pulsatum uerberatumue domumue suam ui introitam esse dicat. Der dritte Fall erweiterte das Gebiet der iniuria, tritt aber in der Entwicklung des Begriffes nicht besonders hervor: siehe Pernice, Labeo Bd. 2[2] Abt. 1 S. 35. Das pulsare und uerberare wird dem Edikte des Prätors entnommen sein: vgl. Paul. Coll. 2, 6 § 4. Dem pulsare begegnen wir bereits in der vorsullanischen Rhetorik ad Her. 4, 25 § 35. Zwischen pulsare und uerberare unterscheidet Ofilius bei Ulp. fr. 5 § 1 de ini. 47, 10 in dieser Weise: uerberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore.

Dabei ist hier noch abgesehen von Ulp. fr. 5 § 9 ebenda, worauf ich Erkl. 94, I B 3 zurückkommen werde.

Die Strafe, welche das Cornelische Gesetz verhängte, ist nicht mehr bekannt. Dies wird damit zusammenhängen, daß die Privatklage neben dem öffentlichen Strafverfahren sich durchaus behauptete und vielleicht hauptsächlich zur Anwendung kam. So gewährt denn auch in den beiden von Lenel beigebrachten Stellen Gajus die Privatklage mit Schätzung dem uerberatus und Paulus dem pulsatus wie uerberatus.

Sodann heißt es bei Marcian. 14 inst. fr. 37 § 1 de ini. 47, 10: Etiam ex lege Cornelia iniuriarum actio ciuiliter moueri potest. Die Institutionen Marcians sind nach Caracalla zu setzen: siehe Fitting, Alter[2] S. 141.

Ferner bemerkt Ulp. 57 ad ed. fr. 7 § 6 de ini. 47, 10: Posse hodie de omni iniuria, sed et de atroci ciuiliter agi imperator noster rescripsit.

Unter dem imperator noster werden wir hier, wie anderswo bei Ulpian, Caracalla zu verstehen haben. Fitting, Alter[2] S. 107 denkt an Alexander. Dagegen spräche nach Paul Krüger, Quellen[2] S. 243, 'daß eine schriftstellerische Tätigkeit Ulpians unter Alexander nicht hervortritt'.

Beseler, Beiträge Heft 2 S. 104 bemerkt zum hodie 'Remaniierung durch Tribonian immerhin glaubhaft'. Mir kommt das Wort als solches nicht verdächtig vor.

Keller, Institutionen S. 149 findet in der Ulpianschen Stelle Andeutungen, die bei atrox iniuria eher auf einen Ausschluß des iudicium priuatum durch die lex Cornelia hinwiesen. Das mag auf sich beruhen bleiben.

Jedenfalls gestattete noch Caracalla die Zulässigkeit der Privatklage bei allen Beleidigungen, und das ist Justinianisches Recht geworden. Tatsächlich bildet dann freilich in der Spätzeit ein außerordentliches Strafverfahren die Regel. Vgl. Hermogen. fr. 45 de ini. 47, 10 und dazu Mommsen, Röm. Strafrt. S. 806.

Demnach spricht der allgemeine Entwicklungsgang zunächst

gegen Girard. Die Privatklage mit Abschätzung hat sich noch nach der lex Cornelia erhalten und sich in der klassischen Zeit insonderheit Geltung verschafft dem pulsatus wie uerberatus gegenüber.

6. Was ferner die Behauptung anbetrifft, die Abschätzung durch Rekuperatoren habe nur stattgefunden bei tätlichen Beleidigungen, so beruft sich Girard S. 269 dafür auf die Stelle aus der Schrift ad Her. 2, 13 § 19: C. Caelius iudex absoluit iniuriarum eum, qui Lucilium poetam in scena nominatim laeserat; P. Mucius eum, qui L. Accium poetam nominauerat, condemnauit.

Es handelt sich hier um zwei römische Dichter. L. Accius (Attius) wurde geboren 584/170, Lucilius starb 651/103. Vgl. Schanz, Gesch. der röm. Litt. §§ 48. 56. Die lex Cornelia de iniuriis wird etwa 673/81 erlassen sein. Die beiden in Frage stehenden Prozesse sind also älter als das Cornelische Gesetz. Es sind nach Huvelin S. 400 flg. überhaupt die ältesten Beispiele für die gerichtliche Verfolgung von Wortbeleidigungen. Da wir es demnach nur zu tun haben mit Wortbeleidigungen, folgert Girard: daß das prätorische Edikt sich auf die tätliche Beleidigung beschränkt habe.

Man hätte ebensogut folgern können, und so geht z. B. Sell, Recuperatio S. 421 zu Werke: daß es damals das in Frage stehende prätorische Edikt noch gar nicht gab.

Ferner wäre zu beachten, daß nach Gajus eine Beleidigung von der Bühne herab als atrox iniuria aufgefaßt wurde: um so mehr also wohl Anspruch darauf gehabt hätte, von Rekuperatoren abgeschätzt zu werden.

Vor allen Dingen ist aber die Unterstellung zurückzuweisen, von der Girard und andere Schriftsteller ausgehen: daß Abschätzung einer Beleidigung und Urteil über deren Vorhandensein sich gegenseitig ausschlössen.

7. Die Prätoren verkündeten nach Gellius nur: iniuriis aestumandis recuperatores se daturos. Das hätte sich sehr füglich auf ein Schätzungsverfahren beziehen und beschränken

können, das außerhalb des Hauptprozesses stattfand. Vgl. schon Huschke, Gajus S. 138. Vielleicht haben wir an eine Schätzung zu denken, die dem Hauptverfahren voraufging. Dem stände jedenfalls nicht im Wege das recuperatorium iudicium bei Cic. de inuent. 2, 20 § 60.

8. Die Sachlage ist hier folgende. Ein römischer Ritter, dem in der Abwehr bewaffneter Gewalt die Hand abgehauen, klagt mit der Injurienklage. Demgegenüber verlangt der Beklagte vom Prätor die Einrede: extra quam in reum capitis praeiudicium fiat. Es handelt sich um eine Präjudizialeinrede. Keller, RömZivProz.[6] § 43 S. 213 scheint anzunehmen, daß diese exceptio aus einer praescriptio pro reo hervorgegangen wäre.

Es ist die einzige Stelle, wo wir dieser exceptio begegnen. Anderswo wird in diesen Fällen die Klage gleich verweigert. So heißt es vom Prätor in der verwandten Stelle bei Ulp. 57 ed. fr. 7 § 1 de iniur. 47, 10: rectius igitur fecerit, si huiusmodi actionem non dederit.

Bülow, welcher sich Prozeßeinreden S. 174 flg. eingehend mit der in Frage stehenden Stelle beschäftigt, meint: daß die exceptio später durch das denegare actionem verdrängt sei. Die Sache könnte aber auch so liegen: daß der Prätor, wo alles klipp und klar war, von Haus aus die Klage sofort verweigerte; während er in Streitfällen, statt selber zu prüfen, auch eine exceptio gewähren mochte.

Weiter behauptet Bülow: die exceptio hätte vom Beklagten besonders erbeten werden müssen. So verhielt es sich allerdings in diesem Falle bei Cicero. Andererseits konnte der Prätor aber auch exceptiones von Amts wegen einfügen: vgl. Hölder, ArchZivPrax. Bd. 93 S. 57; Lenel, Ed.[2] S. 91 und XIV.

9. Die Präjudizialeinrede, die uns hier entgegentritt, steht in Beziehung zur lex Cornelia de sicariis. Der erste Strafprozeß, der auf Grund dieses Gesetzes geführt wurde, richtete sich gegen Sex. Roscius aus Ameria und fiel in das Jahr

674/80. Es war zugleich der erste Strafprozeß, in welchem Cicero als Anwalt auftrat. Vgl. Zumpt, Kriminalprozeß der röm. Republik S. 519. Die Schrift de inuentione ist eine Jugendarbeit Ciceros, muß aber immerhin jünger sein als das Cornelische Gesetz de sicariis.

Es wird die Frage aufgeworfen: excipiendum sit, an non. Sie wird sachlich bejaht aus folgendem Grunde: 'non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri'. Dieser ratio stellt sich freilich gegenüber eine infirmatio rationis: 'eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari'. Dem schließt sich wieder an eine iudicatio mit der Zweifelsfrage: 'atrocitas iniuriarum satisne causae sit, quare . . praeiudicetur'.

Es soll also, wie ich die Stelle verstehe, ein Vorprozeß bei Rekuperatoren, wo es sich um Mord handelt, verhindert werden. Das Hinderungsmittel ist die genannte Einrede. Wird diese Einrede nicht hinzugefügt, so werden die Rekuperatoren in gewohnter Weise tätig. Man möchte demnach meinen: die Rekuperatoren hätten auch die Schuldfrage erledigen müssen. Das ist indes in keiner Weise nötig. Wir können ruhig stehenbleiben bei dem aestumare des prätorischen Ediktes. Die recuperatores haben die vom Kläger behauptete iniuria abzuschätzen, damit ist ihre Zuständigkeit erledigt. Ueber die Schuldfrage hätte dann ein iudex zu entscheiden: der Beklagte war vielleicht gar nicht der Täter, oder hatte in Notwehr gehandelt.

Dieses ganze Verfahren soll vermieden werden, wo die lex Cornelia de sicariis eingreift. Diesem Zwecke dient die fragliche Einrede.

10. Wir können uns dies etwa durch folgende Formel näher verdeutlichen: Quod a N° N° A° A° manus praecisa est, q. d. r. a., quantam pecuniam uobis bonum aequum uidebitur, tantam pecuniam aestimatote, extra quam in reum capitis praeiudicium fiat.

Daß die Abschätzung durch Rekuperatoren dem Hauptprozesse vorausgehen mußte, dafür ließe sich der Umstand geltend machen: daß noch später der Kläger durch eine Abschätzung den Rechtsstreit einleiten konnte. Es heißt III, 224: Permittitur nobis a praetore sestertiis iniuriam aestimare.

Weiter dürfte noch einigen Anhalt gewähren ein Senatsbeschluß, der vielleicht in die erste Hälfte des zweiten Jahrhunderts vor Chr. hinaufreicht, bei Dittenberger, Syll. 2² n. 928. Vgl. über denselben Partsch, Schriftformel im röm. Provinzialprozesse S. 27 flg. Wir haben es zu tun mit den Gemeinden Priene und Magnesia bzw. deren Vertretern. Beide Gemeinden haben sich über die Wahl von Mylasa zum Richter durch einen Vertrag geeinigt, welcher auf Gesetzen in beiden Staaten beruhte. Es handelt sich einmal um einen Streit über Grundeigentum, der uns hier nicht näher angeht; außerdem behaupten die Leute von Priene, von den Magneten mißhandelt zu sein. Der Prätor soll nun demselben Richter, der über das Grundeigentum entscheidet, auch eine Anweisung wegen der iniuriae erteilen. In dieser Beziehung heißt es Zle 60: ὅσον ἂν καλὸν καὶ δίκαιον φαίνηται διατιμησάσθω. Das übersetzt Partsch ganz richtig: quantum bonum et aequum uidebitur, aestimato. Er behauptet dann aber andererseits S. 38: das aestimato könne nicht als Formelwort gelten 'statt des klassischen condemna s. n. p. a.'. Ich möchte demgegenüber behaupten, daß das διατιμησάσθω genau das klassische aestimato wiedergeben sollte.

Jedenfalls wäre eine voraufgehende Abschätzung der Sachlage durchaus entsprechend gewesen. Bis dahin hatte man gesetzlich feststehende Summen, wenn wegen einer Beleidigung geklagt wurde. Sollte demnach diese feste Summe im einzelnen Falle nicht zur Anwendung kommen, so traf man die Einrichtung, sie zunächst durch eine andere Summe zu ersetzen.

11. Unter dieser Voraussetzung bedürfte dann freilich die von Lenel, Ed.¹ S. 321 bzw. Ed.² S. 385 für die iniuriarum actio gebildete Formel einer Umgestaltung.

Wir haben zwei Formeln nötig: eine für die Rekuperatoren und eine für den iudex.

Die Formel für Rekuperatoren wäre, wie oben angegeben, zu bilden.

Was die Formel für den iudex anbetrifft, so kommt vor allem in Betracht Ulp. 57 ed. fr. 11 pr. de iniur. 47, 10: Non solum is iniuriarum tenetur, qui fecit iniuriam, hoc est qui percussit.

Daß qui fecit iniuriam auf eine intentio hinweist, kann kaum zweifelhaft sein: siehe Partsch, Schriftformel S. 40.

Huschke, Gajus S. 140, und Heffe, Taxatio S. 57 Anm. 86 haben diese Intentio hinter die Demonstratio in einer Weise eingeschoben, die Lenel, Ed.[1] S. 321 Anm. 5 'sehr wunderlich' nennt. Und dieser Tadel ist Ed.[2] S. 385 Anm. 4 mit auf Partsch, Schriftformel S. 40 erstreckt worden, der nicht gerade für eine gewöhnliche Demonstratio, aber eine designatio iniuriae vor der Intentio eintritt. Dagegen verteidigt sich wiederum Partsch, Z. R.G. Bd. 44 S. 426 flg.

Nimmt man zwei Formeln an, so muß die Demonstratio jedenfalls den Rekuperatoren zuerteilt werden. Für den iudex brauchen wir dann aber gar keine Demonstratio weiter, sondern reichen vollkommen mit einer Formel aus, die sich aus Intentio und Condemnatio zusammensetzt, die wir uns etwa in dieser Weise vorstellen können: Si paret $N^m N^m$ $A^o A^o$ in ea re iniuriam fecisse, quanti recuperatores iniuriam aestimauerint, tantam pecuniam iudex $N^m N^m$ $A^o A^o$ c. s. n. p. a.

Diese Formel würde einem Zustande entsprechen, wo der iudex über die Schuld abzuurteilen hat; wenn er zu einer Verurteilung gelangt, aber an die Taxe gebunden ist, welche von den Rekuperatoren abgegeben wurde.

12. Jetzt wäre weiter zu erwägen: wie lange bei Abschätzung von Beleidigungen Rekuperatoren tätig gewesen sein mögen.

Gajus gedenkt dieser Rekuperatoren gar nicht. Deren

Mitwirkung könnte also zu seiner Zeit bzw. in seiner Provinz schon mehr zurückgetreten sein.

Andererseits ist bemerkenswert, daß Gajus III, 224 ein Verfahren bringt, das er als ein vom Prätor erlaubtes hinstellt: Permittitur enim nobis a praetore.

Dieses erlaubte Verfahren wird sich einem anders gearteten angelehnt haben; und dieses anders geartete könnte sehr wohl das vor Rekuperatoren stattfindende gewesen sein.

In späteren Stellen, insonderheit den Pandektenstellen, tritt uns nur noch der iudex entgegen. Hier taucht dann aber die Frage auf, woran bereits Lenel erinnert hat: ob etwa interpoliert worden?

So hieß es vielleicht einmal bei Ulp. fr. 17 § 2 de ini. 47, 10: quantum ob eam rem aequum recuperatoribus (st. iudici) uidebitur.

In dieser Beziehung könnte man ferner verdächtigen wollen Marcianus 14 inst. fr. 37 § 1 de iniur. 47, 10: Etiam ex lege Cornelia iniuriarum actio ciuiliter moueri potest condemnatione aestimatione iudicis facienda.

Der Ablativ absolut am Schlusse gehört mehr der Spätzeit an: siehe Kalb, Roms Juristen S. 139. Zudem wäre es kein richtiger Gedanke, daß die Verurteilung durch Abschätzung geschehe; die Verurteilung erfolgt vielmehr nach voraufgegangener Abschätzung. Immerhin bliebe bei Annahme einer Interpolation zweifelhaft, was Marcian geschrieben haben mag. Vielleicht lautete der Schluß nach einem si-Satze, der die näheren Voraussetzungen enthielt: aestimatione a recuperatoribus facta iudex tantam pecuniam condemnat.

Daß auch in anderen Fällen recuperatores gestrichen sind, dürfte beweisen Ulp. fr. 3 § 8 de sep. uiol. 47, 12: siehe dazu Lenel, Ed.[2] S. 27 Anm. 8.

So muß denn wohl dahingestellt bleiben, wie lange ein Rekuperatorengericht für Abschätzung von Beleidigungen bestellt wurde. Eine so kurze Dauer bis zum Untergang, wie Girard

behauptet, brauchen wir aber um deswillen für diese Einrichtung noch nicht anzunehmen.

13. Für diese Dauer kommt andererseits in Betracht: wann wohl die Beleidigungsklage mit Wertabschätzung entstanden sein mag.

In dieser Beziehung ist anzuknüpfen an eine Demonstratio, die uns Paul. Coll. 2, 6 § 4 überliefert: Quod A^i A^i (oder besser A^o A^o) mala pugno percussa est. Damit wäre zu verbinden Plaut. As. 2, 2 u. 104 (371): Pugno malam si tibi percussero. Lenel, Ed.[1] S. 321 Anm. 4 erblickt in dieser Plautusstelle 'die älteste Spur der actio iniuriarum (aestimatoria)'.

Diese Folgerung wird abgelehnt von Karlowa, R.R.G. Bd. 2 S. 1330 Anm. 2: 'das pugno malam percutere kann schon in der Formel einer legis actio gestanden haben und aus dieser demnächst in die prätorische Klagformel übertragen sein'.

Dabei wird wohl von Karlowa eine legis actio ohne Wertschätzung vorausgesetzt; denn sonst wäre sein Gegenbeweis nicht schlüssig, würde vielmehr an der Behauptung Lenels vorbeigehen. Daß dem so ist, ergibt sich auch aus der Annahme Karlowas: das fragliche Edikt 'sei bald nach Einführung des Formularprozesses aufgestellt'.

Lenel, Ed.[2] S. 385 hat den von Karlowa angegriffenen Satz fortgelassen. Er erblickt aber nach wie vor in der Plautusstelle 'die älteste Spur dieser Formel'; und zwar wohl einer Formel mit Werteinschätzung, da wir verwiesen werden auf den Senatsbeschluß bei Dittenberger, Syll. 2[2] n. 928.

Huschke, Gajus S. 139 spricht von einem 'Verfahren, welches die Prätoren zunächst an die Stelle der legis actio wegen Injurien setzten'.

Girard S. 256 unterscheidet Prozeß mit Peregrinen und unter römischen Bürgern. Zunächst soll sich die Beleidigungsklage mit Wertabschätzung bei dem Prozeß mit Peregrinen eingestellt haben; 'puis, entre l'introduction de la procédure

formulaire et l'époque de la dictature de Sulla, dans les procès entre citoyens'.

14. Wir stoßen hier auf eine Grundfrage des alten römischen Zivilprozesses: wie mag es bestellt gewesen sein um die Machtvollkommenheit der Prätoren vor der lex Aebutia?

Zu der legis actio ist die lex Aebutia in ganz eigenartige Beziehung gesetzt worden. Das denegare actionem wie die Einführung neuer Klagformeln wird den Prätoren nach der lex Aebutia bereitwilligst zugestanden, andererseits für die legis actio vor der lex Aebutia von vielen ihnen abgesprochen.

Gegen diese Auffassung hat sich bereits sehr bestimmt ausgesprochen Wlassak, Prozeßgesetze Bd. 2 S. 347 flg.; Z. R.G. Bd. 38 S. 131 Anm. 2. Von Mitteis, Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 46 wird wenigstens so viel zugegeben: 'daß auch im engern Kreis der ciues schon vor dem äbutischen Gesetz eine nicht an die Legisaktionen sich bindende Rechtssprechung stattgehabt haben kann'. Lenel ist dann in der Z. R.G. Bd. 43 für zwei wichtige Grundgedanken eingetreten: S. 333 'daß selbst die Geltendmachung der gesetzlichen Rechte der Parteien im Legisaktionenprozeß ohne die facultas denegandi mehrfach nicht denkbar ist'; S. 339 'daß ohne Zustimmung des Prätors keine neue legis actio zur Einführung gelangen konnte'. Gegen solche Anschauungen hat sich freilich wieder ausgesprochen Paul Krüger, Quellen[2] S. 35 Anm. 12.

Ueber den Ursprung der Legisaktionen sind wir so leidlich unterrichtet. Neben dem Zwölftafelrecht entstanden unter dem Einfluß der pontifices zwei Rechtsgebilde: das auf Interpretatio beruhende materielle Privatrecht, das in einem besondern Sinne ius ciuile genannt wurde; ferner die Legisaktionen. Diese Legisaktionen beschränkten sich nicht auf die Zwölftafeln, sondern werden das auf der Interpretatio beruhende ius ciuile mitumfaßt haben. Vgl. Pomp. fr. 2 § 6 de or. iur. 1, 2: omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant.

Diese Tätigkeit der pontifices nach beiden Richtungen hin wird nicht erst durch die Zwölftafelgesetzgebung ins Leben gerufen sein. Es gab schon vorher ein Privatrecht, wenn auch der Hauptsache nach ein ungeschriebenes, an deren Entwicklung die pontifices werden teilgenommen haben. Und für die Geltendmachung dieses Rechtes waren Klageformeln erforderlich: vgl. Jörs, Röm. Rtsw. S. 22 flg. Wem anders hätte die Aufgabe nun wohl zufallen können, solche Klagformeln anzufertigen, als unsern pontifices?

Die pontifices betrachteten ihre Rechtskunde und Rechtsentwicklung als eine Geheimlehre. Diesem Zustande gegenüber erschien die Veröffentlichung des Gnaeus Fabius um 300 vor unserer Zeitrechnung als ein bedeutungsvolles Ereignis. Liu. 9, 46 § 5: ciuile ius, repositum in penetralibus pontificum, euulganit. Pomp. § 7: hic liber, qui actiones continet, appellatur ius ciuile Flauianum.

Neue Klagformulare, die durch das Bedürfnis des Lebens hervorgerufen waren, stellte zusammen Sextus Aelius, curulischer Aedil 554/200, Konsul 556/198. Pomp. § 7: augescente ciuitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.

Ein anderes Werk des S. Aelius waren seine tripertita. Darüber bemerkt Pomp. § 38: qui liber ueluti cunabula iuris continet: tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio. Die Zwölftafeln waren also vorangestellt; die Interpretatio ist darangeschlossen, vielleicht als Ganzes; und zu den entsprechenden Stellen wird die betreffende legis actio drunter gewebt. Mit dem subtexitur haben wir die Vorstellung des Auseinanderlegens. Die legis actio wäre demnach nicht als Ganzes angereiht worden, sondern die einzelnen legis actiones den Rechtssätzen zugeteilt, zu denen sie Beziehung hatten.

Der kurze Abriß über die in Frage stehende Entwicklung sollte vor allen Dingen die Aufmerksamkeit darauf lenken: daß die alten Klagformeln keineswegs als ein gesetzliches Anhängsel zu betrachten sind. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt schon ein Egon Weiß, Studien zu den römischen Rechtsquellen S. 13 flg. bei Beantwortung der Frage: 'Geht unsere Ueberlieferung wirklich dahin, daß die Legisactio der lex entstammt?'

Die legis actiones gehören bereits einer Zeit an, wo das Privatrecht im ganzen und großen ein ungeschriebenes war, Und wenn diese Klagformeln den Zwölftafeln sich anpaßten. auch die Bezeichnung legis actiones erhielten: so ist die rechterzeugende Kraft, welche sie von Haus aus ins Leben rief, keineswegs ganz erloschen. Es sind noch nach der Zwölftafelgesetzgebung Klagformulare entstanden auf Grund der interpretatio. Diese rechterzeugende Kraft kam vorzugsweise durch die altrömische Wissenschaft zum Ausdruck, die anfangs von den pontifices, später von den weltlichen Rechtsgelehrten gepflegt wurde. Diese Erzeugnisse der Wissenschaft, um ins Leben einzugreifen, hatten aber weiter zur Voraussetzung, daß der Prätor sie zur Anwendung brachte. Und wie er sich dabei an andere anlehnte, wird er auch selber aus freien Stücken Klagformeln haben bilden und versagen können.

Es wäre aber zu modern gedacht, wenn wir diese Befugnisse des Prätors auf die interpretatio beschränken wollten. Den Gesetzen gegenüber steht der Prätor geradeso da. Gesetz und Klagformel sind zwei verschiedene Dinge. Wenn der Prätor Klagformeln gewährt bzw. versagt, so ist das ein Ausfluß seiner königlichen Gewalt, des imperium: siehe Keller, Röm. Ziv.proz. § 2.

Die Gesetze werden zwar gegeben in der Erwartung, daß der Prätor sich danach richten möge. Aber darum ist ihm nicht alle und jede Abweichung von denselben untersagt. Ein Amtseid, die Gesetze zu halten, tritt uns erst später entgegen: siehe darüber Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 1³ S. 620. Gegen Mißbrauch der Amtsgewalt schützte das magistratische Ver-

bietungsrecht und die magistratische Interzession: siehe darüber Mommsen a. a. O. S. 258 flg.

Paul Krüger, Quellen² S. 33 Anm. 13 sagt vom Prätor: eine Auflehnung gegen neue Gesetze wäre Perduellio gewesen? Das ist schwerlich für die frühere Zeit richtig. Ob es später zutrifft? Mommsen, Röm. Strafrt. S. 544 bemerkt: 'Vor allen Dingen werden die von einem Beamten begangenen nicht durch die Amtspflicht gedeckten Handlungen der Regel nach nicht als Staatsverbrechen geahndet'.

15. Nach alledem braucht uns die lex Aebutia nicht weiter zu stören bei der Untersuchung, wann die Beleidigungsklage mit Abschätzung entstanden sein mag. Die Machtvollkommenheit des Prätors wird vor der lex Aebutia nicht geringer gewesen sein, wie später; mit mehr Recht ließe sich vielleicht das Gegenteil behaupten.

Bei Paul. Coll. 2, 6 § 4 begegnen wir der Demonstratio Quod A° A° mala pugno percussa est. Bei Plaut. Asin. 2, 2 u. 104 (371) heißt es: Pugno malam si tibi percussero. Was liegt näher, als beides miteinander zu verbinden? Demnach kannte Plautus bereits die angeführte Demonstratio.

Mit dieser Demonstratio ist weiter zu verknüpfen die Abschätzung der näher bezeichneten Beleidigung: siehe oben unter 11. Also kannte Plautus auch schon die Beleidigungsklage mit Abschätzung.

Bei Paulus ist die genannte Demonstratio ein Beispiel für das pulsare bzw. uerberare. In den Zwölftafeln begegnen wir diesen Ausdrücken nicht bei der Beleidigung. Hier stoßen wir vielmehr, abgesehen von ein paar schwereren Fällen, auf die allgemeine Bezeichnung iniuria. So wird denn wohl pulsare und uerberare auf das prätorische Edikt zurückgehen. Es sollte vielleicht die iniuria zunächst durch diesen Ausdruck ersetzt werden.

Dabei ist man aber nicht stehen geblieben. Insonderheit hat man die Abschätzung auf den Talionsfall ausgedehnt. Dabei scheint das Verfahren sich etwas anders gestaltet zu haben und

die Schätzung statt von Rekuperatoren vom iudex vorgenommen zu sein. Vgl. Gell n. a. 20, 1 § 38: Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat. Ich werde hierauf zurückkommen: siehe unter 22 a. E.

16. Zunächst bleibe ich stehen beim pulsare uerberare. Mit diesem Doppelbegriff wären wir angelangt beim prätorischen Edikt. Nun kommen für die Rechtspflege zweierlei Edikte in Betracht, dem später zwei Prätoren entsprachen: ein Stadtprätor und ein Fremdenprätor. An welchen von beiden sollen wir uns anlehnen?

Die Rekuperatoren waren von Haus aus Richter, welche Streitigkeiten zwischen Römern und Fremden auf Grund der von den Staaten abgeschlossenen Verträge zu entscheiden hatten: vgl. Festus Th. S. 378 Wort Reciperatio und dazu Wlassak, Röm. Proz.ges. Bd. 2 S. 299 flg. Damit hätten wir schon einen Anhalt für den Fremdenprätor gewonnen.

Zwar hatten in unserm Falle meines Erachtens die Rekuperatoren nur zu schätzen, nicht das eigentliche Urteil zu fällen. Gleichwohl mochte der Fremdenprätor es für angebracht finden, hier wenigstens bei der Schätzung die Rekuperatoren beizubehalten wegen der Schleunigkeit des Verfahrens, die mit der Bestellung von Rekuperatoren verbunden war: siehe die Stellen bei Hartmann-Ubbelohde, Röm. Gerichtsverfassung S. 257 Anm. 43. Bei andern Delikten, begangen von und gegen Peregrinen, haben wir es nur mit einem iudex zu tun: IV, 37.

Bemerkenswert ist sodann, daß die Entwicklung gerade bei den Prügeleien einsetzt: cum dolore und sine dolore. Dazu mag der Fremdenverkehr mehr Veranlassung dargeboten haben als der Verkehr der Römer untereinander.

Schon Girard, S. 256, wie ich unter 13 bereits angab, nimmt für die Beleidigungsklage mit Abschätzung seinen Ausgang von dem Prozeß mit Fremden und hält diese Klage

für älter als die lex Aebutia: 'd'abord sans doute dans les procès où figurent les pérégrins'.

Neben dem Peregrinenprätor wird der Stadtprätor innerhalb der ihm verbliebenen Zuständigkeit diese Klage ebenfalls gewährt haben. Es heißt auch bei Gellius § 13: praetores .. edixerunt; und es liegt wohl näher, vom Standpunkt der spätern Zeit aus den Plural auf diese beiden Prätoren zu beziehen, als dabei an eine Reihenfolge derselben Gattung zu denken.

Wann diese Verallgemeinerung erfolgte, ist uns nicht überliefert. Wir brauchen uns aber dabei durch das Aebutische Gesetz kein Halt bieten zu lassen.

Es ist auch gar nicht nötig, diese Beleidigungsklage mit Abschätzung erst in die Zeit nach Errichtung der Fremdenprätur, die um 512/242 erfolgte, zu verlegen. Denn vorzugsweise werden wir uns den Anfang der Entwicklung doch so vorzustellen haben, daß dem Stadtprätor bestimmte Sachen abgenommen und dem Fremdenprätor überwiesen wurden.

17. Huschke, Gajus S. 127 zieht heran die bekannte Geschichte des L. Veratius, welche Gell. n. a. 20, 1 § 13 aus dem Zwölftafelkommentare des Labeo uns mitteilt. In Anlehnung an diesen Fall: propterea, meint Labeo, praetores postea hanc (nämlich legem) abolescere et relinqui censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt.

Dazu bemerkt Huschke: 'daß dieser Vorgang nicht wohl vor der Reduktion der Asse gespielt haben kann'.

Dabei hätten wir uns wohl anzulehnen an diejenige Reduktion, welche mit der ersten Silberprägung zusammenhängt. Siehe darüber Hultsch, Metrologie² S. 267 flg.

Die erste Silberprägung erfolgte 485/269 bzw. 486/268. Die Münzeinheit war ursprünglich das Pfund Kupfer von 12 Unzen. Davon haben wir auszugehen bei den 25 Assen der Zwölftafeln: vgl. Bd. 1 Erkl. 38 zu I, 122. Bei dieser Münzeinheit war man allmählich auf 10 Unzen herabgekommen.

Durch eine plötzliche Aenderung ist dann das Gewicht des Asses von 10 Unzen auf 4 Unzen herabgesetzt. Nach Mommsen, Gesch. des röm. Münzwesens S. 283 ist diese Herabsetzung 'ohne Zweifel durch Volksbeschluß' veranlaßt. Damit haben wir im Verhältnis zum alten zwölfunzigen As den Trientalas. Andererseits soll der Drittelas von 4 Unzen so viel sein als 10 Unzen. Dem entsprechen die Zahlen der Silberprägung X, V, II S.

Sie lassen sich einmal von den Unzen verstehen. Was einem Kupferwerte von einer Unze entspricht, soll den Wert haben von $2^1/_2$ Unzen Kupfer; was einem Kupferwerte von zwei Unzen entspricht, soll den Wert haben von 5 Unzen Kupfer; was einem Kupferwerte von vier Unzen entspricht, soll den Wert haben von 10 Unzen Kupfer.

Es sind diese Zahlen aber jedenfalls von neuen leichten Aßen verstanden, indem auf den Denar 10, auf den Quinar 5 und auf den Sesterz $2^1/_2$ Aße gerechnet wurden: vgl. Volus. Maec. 44.

Man scheint bei Einführung der Silberprägung beabsichtigt zu haben, den Denar, den man in 10 Teile zerlegte, zur Hauptmünze zu machen; in der Praxis wurde aber der Sesterz zur Rechnungseinheit und ebenfalls as genannt, bildete aber zu den leichteren neuen Assen als aes graue einen Gegensatz.

In dieser Weise hat dann die Umrechnung bei den Strafgeldern für iniuria stattgefunden, indem die 25 Pfund Kupfer der Zwölftafeln zu 25 Sesterzen angenommen wurden. Vgl. Paul. Coll. 2, 5 § 5 und dazu Bd. 2 Abt. 2 S. 415.

In Wahrheit entspricht aber der Sesterz einer alten Unze Kupfer, während die neue Unze Kupfer den Wert von $^2/_5$ Sesterz darstellt. Der Sesterz war der Silberas, der schwere As; die neue Unze = $^2/_5$ Sesterz liegt zugrunde dem Kupferas dem leichten As.

Der Münzfuß sank weiter: zunächst auf zwei Unzen, den Sextantarfuß. Zu Anfang des zweiten punischen Krieges, 537/217, wurde der schwere As auf eine Unze festgesetzt;

andererseits der Denar statt 10 auf 16 leichte Aße. Siehe die Stellen bei Mommsen, Gesch. des röm. Münzw. S. 288 Anm. 14.

Es entspricht also jetzt der Sesterz einem schweren Aße, der in vier leichte Aße zerfällt.

Diese Festsetzung hat dann längere Zeit wieder vorgehalten.

Der Wert des Sesterzes wäre zu verschiedenen Zeiten nach Hultsch S. 710. 711 folgender gewesen.

Für die Jahre 486/268 bis 537/217 in unserm Geld Pfennige 20,5; für die Jahre 537/217 bis 724/30 Pfennige 17,5; für die Kaiserzeit von Augustus bis Septimius Severus Pfennige 21,8.

In der ganzen Zeit hat also der Sesterz keine allzugroßen Schwankungen durchgemacht.

Wenn demnach Huschke von der Wertherabsetzung einen Schluß ziehen wollte auf die Entstehungszeit des in Frage stehenden Ediktes — und dieser Gedanken hat eine gewisse Berechtigung — so hätte er meines Erachtens schon auf das Jahr 486/268 zurückgehen müssen. Statt dessen setzt Huschke aber gleich mit dem sechsten Jahrhundert der Stadt ein. Das wäre die Zeit von 537/217 an. Möchte dann indes lieber 'den Uebergang zu dem prätorischen Recht der Injurien' erst 'in die letzten Dezennien dieses Jahrhunderts' verlegen. Aber auch diese Hinausschiebung verursacht ihm noch Bedenken, 'da es schon kaum glaublich ist, daß man die aus der Münzreduktion hervorgegangenen Mißstände so lange getragen haben sollte'.

Die Bedenken, die Huschke zu einem so unbestimmten Ergebnis haben gelangen lassen, hängen offenbar mit seiner Auffassung zusammen, daß die Prätoren ein Verfahren eingeführt hätten an Stelle der legis actio. Huschke kann sich die Entwicklung nur so vorstellen, daß bei der prätorischen Beleidigungsklage mit Abschätzung gleich bei ihrem Ursprunge der Formularprozeß zur Anwendung gekommen wäre. Huldigt man aber der Ansicht, daß die Prätoren schon vor der lex

Aebutia das Recht hatten, Klagen zu versagen und zu gewähren, so braucht man gar nicht ängstlich vor der legis actio Halt zu machen. Dabei wäre noch gar nicht gerechnet mit den Möglichkeiten: daß einerseits der Ursprung der in Frage stehenden Klage auf dem Gebiete des Fremdenprozesses zu suchen sei, und andererseits bei Streitigkeiten der Fremden sich vielleicht schon vor der lex Aebutia der Formularprozeß entwickelt hatte.

18. Wir dürfen es also immerhin als Möglichkeit hinstellen: daß nicht bloß der Peregrinenprätor, sondern auch der Stadtprätor schon vor der lex Aebutia auf dem Wege der interpretatio einen neuen materiellen Rechtssatz einführte, der zugleich mit Klageformel ausgerüstet wurde. Und diese neue Klagformel hätte sehr wohl die Gestalt einer legis actio annehmen können.

Das scheint allerdings mit der Auffassung nicht zu stimmen: wir hätten den Ursprung dieser neuen Klagformel im Fremdenprozeß zu suchen. Wenigstens wird von angesehenen Schriftstellern behauptet: daß die legis actio den Fremden überhaupt versagt war. Vgl. z. B. Wlassak, Röm. Proz.ges. Bd. 2 S. 183 flg., Z. R.G. Bd. 41 S. 114 flg.; Mitteis, R.Pr.rt. Bd. 1 S. 124 Anm. 45.

Indes bereits Keller, R. Ziv.pr.[6] S. 56 hält diese Behauptung nicht für gerechtfertigt; und Mommsen hat die Fähigkeit der Fremden zur legis actio verschiedentlich betont, zuletzt in einem Zusatze zum Stadtrechte von Salpensa und Malaga, Ges. Schr. Bd. 1 S. 327 Anm. 129.

Zu vermitteln sucht neuerdings Egon Weiß in seinen Studien, indem er zwischen Latinern und sonstigen Peregrinen unterscheidet. Nach S. 47 liegt kein Grund vor: 'die Latiner von der legis actio auszuschließen'; andererseits erscheint es ihm S. 60 kaum faßlich: 'die Legisaktionsfähigkeit auch dort anzunehmen, wo es am Kommerzium mangelt'.

Ich halte die von Keller und Mommsen vertretene Ansicht für die richtige und werde später Gelegenheit finden,

dies näher zu begründen. Die Zulassung der Fremden zur legis actio erscheint um so selbstverständlicher, als vor Einrichtung der Fremdenprätur der Stadtprätor doch auch schon mit den Fremdenprozessen zu tun gehabt haben muß. Somit dürfte selbst nach dieser Richtung hin freie Bahn vorhanden sein.

19. Wir haben uns also weder um die lex Aebutia zu bekümmern noch vor der legis actio Halt zu machen.

Bei Plaut. Asin. 2, 2 u. 104 trat uns in den Worten Pugno malam si tibi perussero bereits Anspielung auf eine hierher gehörige Demonstratio entgegen. Mit dieser Demonstratio ist weiter zu verknüpfen die Abschätzung der näher bezeichneten Beleidigung. Mithin kannte Plautus schon die Beleidigungsklage mit Abschätzung.

Daraus würde weiter hervorgehen, daß es damals bereits das Edikt gegeben haben wird, welches uns Gell. n. a. 20, 1 § 13 mitteilt.

Es fragt sich, ob noch weitere Zeugnisse aus der Zeit des Plautus für das Vorhandensein eines edictum perpetuum vorhanden sind.

Man hat in dieser Beziehung verwerten wollen Plaut. capt. 4, 2 u. u. 43. 44 (823. 824).

Hegio. Eugepae: edictiones aedilicias hic quidem habet,
Mirumque adeost ni hunc fecere sibi Aetoli agoranomum.

Es handelt sich um Phantasien eines Schmarotzers, die vom Greise Hegio als edictiones aediliciae bezeichnet werden.

Die 387/367 geschaffene curulische Aedilität wird der hellenischen Agoranomie nachgebildet sein: Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 2 ³ S. 497 Anm. 1.

Die Agoranomen hatten die Marktpolizei. Vgl. für Athen Lipsius, Das Attische Recht Bd. 1 S. 93 flg.; Gilbert, Griech. Staatsaltert. Bd. 1 S. 246. Wegen sonstiger griechischer Städte siehe die Zusammenstellung bei Gilbert Bd. 2 S. 421 unter ἀγορανόμοι.

Ihre Amtsbefugnisse waren näher durch Gesetze geregelt. Vgl. Aristot. politeia 51, 1: τούτοις δὲ ὑπὸ τῶν νόμων

προςτέτακται; Schol. Hom. Ilias φ 203 (Maas II, S. 347): ἐν τῷ ἀγορανομικῷ νόμῳ ᾿Αθηναίων.

Auf diesen agoranomus wird von Plautus ausdrücklich hingewiesen. Und es liegt ja klar am Tage, daß die Marktpolizei vielfach Gelegenheit darbietet, öffentliche Verkündigungen an das Marktpublikum zu richten.

Diese Vorschriften sind aber mehr polizeilicher Natur und an solche denkt auch nur Hegio, wenn er zu dem Auftreten des Schmarotzers u. 31 (811) bemerkt: Basilicas edictiones atque imperiosas habet; 'er kommandiert, als ob er ein König oder Feldherr wäre'. Hegio wundert sich daher, daß die Aetoler ihn nicht zum Agoranomen gemacht haben.

Eine solche Polizeimacht hatten die römischen Aedilen nun auch, und insofern konnte man sehr wohl von edictiones aediliciae sprechen. Diese edictiones unterscheiden sich aber wesentlich von dem mit der iurisdictio verbundenen ius edicendi. Nach dieser Richtung hin hat nun die römische Aedilität eine Entwicklung aufzuweisen.

Die Aedilen erscheinen nämlich im Laufe der Zeit als Magistrate, die in einem gewissen Umfange die bürgerliche Rechtspflege handhaben. Diese Gerichtsbarkeit dürfen wir mit Pernice, Labeo Bd. 2² Abt. 2 S. 51 wohl betrachten als eine Fortsetzung und Fortbildung ihrer Verwaltungsbefugnisse. Ob wir darin mit Lange, Röm. Altert. Bd. 1³ S. 864 eine Abzweigung von der im imperium des Stadtprätors enthaltenen iurisdictio zu erblicken haben, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls üben die Aedilen im Kreise ihrer Wirksamkeit ebenso wie die Prätoren ein ius edicendi.

Das ist aber ein Sonderrecht der römischen Aedilität geblieben und nicht auf die Provinzen übertragen worden. Nach I, 6 steht es in den Provinzen des römischen Volkes den Quästoren zu, während es in den kaiserlichen Provinzen überhaupt fehlt. Anders wird es in diesen Ländern, bevor sie zur römischen Provinz wurden, auch wohl nicht ausgesehen haben.

Einen agoranomus mit solchem ius edicendi hätten also die Aetoler des Plautus schon gar nicht ernennen können.

Dazu kommt noch, daß die iurisdictio der Aedilen mit dem sich anlehnenden ius edicendi eine verhältnismäßig junge Rechtsbildung sein wird.

Ein lege agere hat vor Aedilen anscheinend nie stattgefunden und der Formularprozeß sich vermutlich entwickelt aus einem einheitlichen Verfahren mehr polizeilicher Natur: vgl. Präscriptio S. 173. Das erste sichere Zeugnis für die ädilizischen Klagen stammt nach Girard-von Mayr, S. 613 Anm. 3, aus Cic. de off. 3, 17 § 71.

20. Mit Recht hat daher Paul Krüger, Quellen[2] S. 35 die Stelle aus des Plautus Captini als ein Zeugnis dafür abgelehnt, daß hier auf die edicta perpetua der Aedilen Bezug genommen werde, von denen dann weiter auf edicta perpetua der Prätoren zu schließen wäre. Ebenso richtig ist aber andererseits die Behauptung von P. Krüger, daß manchen Bestandteilen des spätern prätorischen Ediktes ein erheblich höheres Alter zugeschrieben werden dürfe.

Zwar die legis actiones standen noch nicht im Edikt. Hierfür sprechen die Zusammenstellungen des Gnaeus Flauius und Sextus Aelius in eigenen Büchern, ferner die Absonderung bei Probus unter 4 In legis actionibus haec von 5 In edictis perpetuis haec.

Aber neben den legis actiones kommen in Betracht die interdicta und stipulationes praetoriae, worauf schon Keller, Ziv.proz.[6] § 22 hingewiesen hat. Für beide wird es im alten Edikt an Festsetzungen kaum gefehlt haben. Ihnen ist mit Paul Krüger anzureihen der Rechtsschutz der Fremden. Damit wären wir wieder angelangt bei den Rekuperatoren.

Wie noch im Julianschen Edikt die interdicta und stipulationes praetoriae einen besondern Abschnitt ausmachten, so wird es auch einmal einen solchen für die Rekuperatoren gegeben haben. Diesen hat Lenel, Edikt[2] S. 26 flg. wieder entdeckt in den Titeln 31—35 seines Ediktes. Abgesehen von

den Anhängen — Interdikte, Exzeptionen, prätorische Stipulationen — zerlegt Lenel das prätorische Edikt in vier Hauptabschnitte: Einleitungsabschnitt Tit. 1—13, die ordentliche Rechtshilfe Tit. 14—24, die schleunige Rechtshilfe Tit. 25—35, Exekution und Nichtigkeitsbeschwerde Tit. 36—42.

Was den dritten Abschnitt anbetrifft, so besteht das Wesen der schleunigen Rechtshilfe vor allen Dingen darin, daß sie nicht an die ordentliche Gerichtszeit — in Rom an den rerum actus, in den Provinzen an den conuentus — gebunden war. Hier haben demnach ihren Platz gefunden: einmal die Missionen und was sich dem anschließt, Tit. 25—30, sodann die Rekuperatoren, Tit. 31—35.

Die Fälle, in denen Rekuperatoren bestellt wurden, waren demnach:

a) die liberalis causa,

b) die Publikanenprozesse,

c) auch wohl die Prozesse der praediatores,

d) die actio ui bonorum raptorum und was sich hier anschloß,

e) die Beleidigungsklage.

Von diesen ist wohl die actio ui bonorum raptorum, die zurückgeht auf die Prätur des M. Lucullus um 678/76 — siehe Erkl. 87 — das jüngste Gebilde und erst später eingeschoben, während den übrigen Klagen und so auch unserer Beleidigungsklage mit Abschätzung ein weit höheres Alter zuzusprechen wäre.

21. Wenn wir uns eng anschließen an die Worte und Wortstellung bei Gell. n. a. 20, 1 § 13, so würden wir etwa folgendes Edikt erhalten: iniuriis aestumandis recuperatores dabo.

Nun wäre aber nach Wlassak, Röm. Proz.ges. Bd. 2 S. 315 'eine besondere Klausel im Album denkbar, die für mehrere Aktionen zusammen die Frage des Gerichtes geregelt hätte'.

Eine solche Klausel würde zu finden sein in dem recuperatores dabo: vgl. Cic. in Verr. II, 3, 13 § 32; 14 § 35.

Gab es einen besondern Abschnitt für die Rekuperatoren, so liegt es nahe, ihn mit einer solchen Klausel auszustatten. Diese Klausel hätte dann die übrigen Fälle mitumfaßt. Indem ich die jüngste Bildung fortlasse, etwa in dieser Weise: De liberali causa, de publicanis, de praediatoribus, de iniuriis aestumandis recuperatores dabo.

Statt am Schlusse zu stehen, hätte sich das Recuperatores dabo auch zur Ueberschrift geeignet.

Vielleicht umfaßte das Recuperatores dabo noch andere Fälle, die später fortgefallen sind.

Die Fassung gibt zu einer weiteren Bemerkung Veranlassung. Regelmäßig heißt es iudicium dare und wir begegnen auch einem iudicium recuperatorium bzw. reciperatorium. Vgl. Lex. Urs. Bruns Gr.[7] n. 28 vom Jahre 710/44 capp. 125. 126. 128. 129. 130. 131; Ed. Aug. de aquaed. Venafrano Bruns-Gr.[7] n. 77 Zle 65. 66; Probus 5 Zle 8 und dazu Wlassak, Röm. Proz.ges. Bd. 2 S. 53 flg., S. 81 flg.

Vielleicht ist recuperatores die ältere Ausdrucksweise. Und daran mag man bei unserer Beleidigungsklage um so lieber festgehalten haben, als die Tätigkeit der Rekuperatoren sich hier auf ein vorbereitendes Verfahren beschränkt, zu dem das iudicium über die Schuldfrage einen Gegensatz bildet. Denn es ist nur die Rede von iniuris aestumandis, wozu die Rekuperatoren dienen sollen; und es dürfte seine großen Bedenken haben, mehr in die überlieferte Nachricht hineinzulegen, als sie in Wahrheit besagt.

22. Bisher gab es feste Taxen von 300, 150, 25 Pfund Kupfer und auf diesen Betrag lautete demgemäß die Beleidigungsklage. Diese Klage sollte nun in der Weise eine Aenderung erfahren, daß an die Stelle der gesetzlichen Taxe ein Schätzungswert trat. Zur Herbeiführung solcher Aenderung wird vermutlich ein Antrag des Klägers erforderlich gewesen sein. Stellte

er keinen derartigen Antrag, so gab er damit zu verstehen, daß ihm die gesetzliche Taxe genüge. Ferner wird es auch vom Prätor abhängig gewesen sein, ob er ein Schätzungsverfahren einleiten wolle oder nicht.

Ein solches Schätzungsverfahren wird uns für die alte Zeit auch sonst bezeugt. Vgl. XII, 3: prae)tor arbitros tris dato; Probus 4, 10: A. L. A. arbitrum liti aestimandae.

In unserm Falle werden vom Prätor drei Rekuperatoren bestellt sein; und der Antrag des Klägers könnte in Anlehnung an Probus 4, 8 gelautet haben: Te praetor recuperatores postulo uti des.

Damit wären wir angelangt bei der legis actio per iudicis postulationem. Und die gegebene Darlegung erklärt vielleicht, weshalb das Schätzungsverfahren hier voraufgehen mußte: es handelte sich um Abwehr der gesetzlichen Taxe. Auch sonst finden wir bei Plautus, daß Vorfragen durch Rekuperatoren erledigt wurden: siehe Rudens 5, 1 u. 2 (1282).

Von einem Vorverfahren handelt es sich indes nur unter der Voraussetzung, daß der Beklagte die Beleidigung bestritt. Einem Beklagten gegenüber, der die Beleidigung zugab, wird die Abschätzung genügende Grundlage dargeboten haben, um daraufhin zur legis actio per manus iniectionem schreiten zu können.

Für den Fall, daß die Beleidigung bestritten war, würden wir noch eine weitere legis actio nötig haben. Etwa in dieser Weise:

A^s A^s: aio te mihi pugno malam percussisse.

N^s N^s: nego me tibi pugno malam percussisse.

A^s A^s: qaando negas te praetor iudicem postulo uti des.

Die Bestellung eines iudex würde nach der lex Pinaria am 30. Tage erfolgt sein. Inzwischen war also Zeit genug vorhanden für eine Abschätzung durch Rekuperatoren. Auf Grund dieser Abschätzung konnte dann gleich das Urteil erfolgen.

Etwas anders wird das Verfahren in dem Falle verlaufen sein, wo die iniuria zur Talion berechtigte. Hatte sich der iudex von dem Vorhandensein der iniuria überzeugt, so wird sein Urteil vermutlich auf talio esto oder ähnlich gelautet haben; vgl. Gell. n. a. 20, 1 § 38 iudici talionem imperanti. Dann blieb es zunächst den Parteien überlassen, sich über die Absindungssumme zu einigen. Kam keine Einigung zustande, so verurteilte derselbe iudex in Geld, nachdem eine Abschätzung voraufgegangen war.

Diesem Verfahren liegt folgender Gedanke zugrunde. Wir haben es nicht zu tun mit festen Bußen sondern einem Vergeltungsrechte. Dieses Vergeltungsrecht soll einem Richterspruche unterworfen werden. Deshalb ist vor allen Dingen die Bestellung eines Richters nötig. Gestattet derselbe die Wiedervergeltung, so bedarf es auch noch nicht sofort einer Abschätzung, sondern nur wenn beide Teile sich nicht einigen können. Diese Abschätzung mag dann gleich der iudex vornehmen, der bereits über das Ob schuldig? seinen Spruch abgab.

Besondere Beachtung verdient das talionem imperare. Ist das nicht ein ipsam rem condemnare? Somit wäre gemäß IV, 48 ein neuer Hinweis auf die legis actio gefunden.

23. So sind es denn verschiedene Gründe, die mich veranlaßt haben, die Entstehungszeit der prätorischen Beleidigungsklage mit Abschätzung weniger spät anzunehmen, als dies bisher im allgemeinen geschah. Zu demselben Ergebnis ist bereits auf anderem Wege Partsch, Arch. f. Pap.forsch. Bd. 6 S. 60 gelangt, indem er seinen Ausgang vom griechischen Rechte nimmt, insonderheit von Bestimmungen, die uns in dem alexandrinischen Dikaiomata des Pap. Hal. 1 entgegentreten.

Es handelt sich hier um Aufzeichnungen aus der Mitte des 3. Jahrhunderts vor Chr.: siehe Graeca Halensis S. 11. Darunter findet sich auch eine Klage wegen Schläge mit Abschätzung unter eigenartigen Voraussetzungen. Pap. Hal. 1 Zle 205—207: ἐὰν δὲ πλείονας πληγῆς μιᾶ⟨ς⟩ πατάξῃι, τιμη-

σάμ⟨ενος τὰς⟩ πλαγὰ⟨ς δι⟩κασάσθω, ὁπόσου δ' ἂν τιμήσηι τὸ δικαστήριον, τοῦτ⟨ο διπλοῦν⟩ ἀποτεισ⟨άτ⟩ω.

Schlägt ein Freier einen Freien, so hat er es zu büßen mit hundert Drachmen. Hat er aber mehr als einen Schlag getan, so soll er (nämlich der Geschlagene), nachdem er die Schläge geschätzt hat, prozessieren. Um wieviel indes das Gericht geschätzt hat, davon das Doppelte soll er (nämlich der schlug) entrichten.

Die Stelle ist aus verschiedenen Gründen sehr bemerkenswert. Partsch erläutert: 'Man wurde es zunächst müde, den gesetzlichen Tarif je nach der Zahl der Schläge zu multiplizieren'.

Darin liegt ausgesprochen, daß es sich um ein Gebilde der Praxis handelt, die sich über die gesetzliche Norm hinwegsetzte. Ob die Ursache nun gerade eine durch Vervielfältigen erzeugte Müdigkeit war, mag dahingestellt bleiben. Die mehrfachen Schläge erscheinen schon als Bestandteile eines einheitlichen Verbrechens bzw. Vergehens, der Schlägerei, die ja auch unser Strafgesetzbuch § 227 Abt. 1 kennt.

Ferner ist zu beachten das Selbsttaxieren des Klägers, an das aber der Richter nicht gebunden, das mithin als ziemlich überflüssig erscheint. Man war aber einmal bei der Klage wegen Schläge die feste Buße gewöhnt und ersetzte sie durch eine für den Richter unverbindliche Taxe des Klägers. So hielt man wenigstens scheinbar an dem Grundgedanken fest: eine Klage wegen Schläge muß auf eine bestimmte Summe lauten.

Daneben berücksichtigt Partsch S. 59 das attische Recht. Er rechnet mit der Möglichkeit: 'daß bei Solon selbst noch nicht die schätzbare Klage vorlag . . auch die Prügeln bei Solon noch mit einer festen Geldstrafe geahndet waren'. Dieser feste Satz soll aber zur Zeit der Redner in Attika durch die freie Schätzung ersetzt sein.

Von der römischen Praxis behauptet dann Partsch S. 60: daß sie 'sofort von den 25 As der Injurienbestimmung der Zwölftafeln zur Schätzung in allen Fällen überging . . weil sie . . den griechischen Fortschritt rezipieren konnte, der

im 3. und 4. Jahrhundert vor Chr. in den griechischen Gesetzgebungen verwirklicht war'.

Daß die Entwicklung in Rom eine so schleunige war, erscheint mir einigermaßen zweifelhaft. Es wäre doch sehr wohl denkbar, daß der römische Prätor zunächst in einzelnen wenigen Fällen die Abschätzung gestattet hätte, bis diese Fälle dann zur Regel wurden und die feste Taxe schließlich vielleicht ganz verdrängten. Für solche allmähliche Entwicklung sprechen auch die Worte bei Gell. n. a. 20, 1 § 13: praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt. Ferner ist das freie Ermessen des Magistrates gerade diesem Privatdelikte gegenüber noch in späterer Zeit erkennbar: siehe Mommsen, Röm. Strafrt. S. 788. 789. 795 Anm. 1.

Die Schläge betrachtet das attische Recht von einem dreifachen Gesichtspunkte aus und gewährt demgemäß eine dreifache Klage: siehe Lipsius, Das att. Rt. S. 644. Wir haben einmal die δίκη βλάβης, die auf Schadensersatz gerichtet ist und uns hier zunächst nicht kümmert. Ferner gab es eine δίκη αἰκείας und γραφὴ ὕβρεως. Die letztere setzte voraus die Absicht zu beschimpfen und wird uns später noch näher beschäftigen müssen. Diese Absicht war nicht erforderlich bei der δίκη αἰκείας. Man kann demnach wohl kaum noch mit Lipsius sagen: daß sie 'Genugtuung für die angetane Beschimpfung bezweckte'. Das Wort αἰκεία weist zunächst hin auf die 'objektiv ungehörige' Handlung: siehe Hitzig, Iniuria S. 8. Es kommt lediglich darauf an, ob der Schlagende zu den Schlägen berechtigt war oder nicht: berechtigt war er, wenn er nicht angefangen sondern sich nur gewehrt hatte.

Nach Aristot. pol. 52, 2 war die δίκη αἰκείας eine Monatsklage, mithin binnen Monatsfrist zu erledigen.

Lexica Segueriana (J. Bekker) S. 360 Zle 23—25 heißt es von dieser Klage: εἰσήγετο δὲ ἐντος ἡμερῶν τεσσάρων, bevor die Spuren der Schläge verwischt waren. Vgl. dazu Hitzig S. 11; Lipsius S. 85 Anm. 125.

Eine gewisse Verwandtschaft der δίκη αἰκείας mit der iniuriarum actio der Römer findet demnach jedenfalls statt. Bei beiden Klagen haben wir von Tätlichkeiten unsern Ausgang zu nehmen. Und wie die Absicht zu beschimpfen keine Voraussetzung der δικη αἰκείας war, wird es sich auch mit der alten iniuriarum actio verhalten haben. In beiden Fällen ist man von einer festen Buße zu einer Klage mit Abschätzung übergegangen und wie die Prätoren mit uerberare, pulsare, percutere einsetzten, stoßen wir in den Dikaiomata auf πληγαί, πατάσσειν. Für beide Klagen wurde ferner ein schleuniges Verfahren verlangt. Schließlich weisen uns die Rekuperatoren auf die Fremde hin.

Mir ist aber trotzalledem doch zweifelhaft, ob die römischen Prätoren, welche für die Abschätzung von Injurien Rekuperatoren gewährten, sich die δίκη αἰκείας zum Vorbild nahmen.

Wenn auch die Rekuperatoren auf ein Verfahren mit Fremden hinweisen, haben wir gleichwohl nicht nötig in dieser Beziehung auf eine fremde Rechtsbildung zurückzugehen. Das ius gentium ist nicht immer in fremdrechtlichem Sinne entwickelt, es ist den Fremden römische Auffassung ebenfalls zugemutet worden. Zumal die Hauptarbeit doch in Rom geleistet sein wird: siehe Bd. 1 S. 92 flg. Und daß ein Streitgegenstand einer Schätzung unterlag, ist eine den Römern seit alter Zeit bekannte Einrichtung.

Mehr Anlaß, griechischen Einfluß auf die Entwicklung des römischen Rechtes anzunehmen, dürften meines Erachtens die neuen Aufschlüsse gewähren, welche Pap. Hal. 1 Zle 210—213 uns bringt über eine privatrechtliche δίκη ὕβρεως. In dieser Beziehung hat bereits Partsch S. 61. 62 auf Paul. Coll. 2, 6 § 1 und 2, 5 § 1 hingewiesen. Ob wir freilich so weit gehen dürfen, daß wir, wie Partsch möchte, in der ästimatorischen iniuriarum actio von Haus aus eine griechische Nachahmung zu erblicken hätten, ist mir auch hier zweifelhaft. Sehr wohl könnte aber bei der bereits vorhandenen Beleidigungsklage mit Abschätzung das Verfahren später vom griechischen Rechte be-

einflußt sein und sich daneben in sachlicher Beziehung bei den Römern der Begriff ὕβρις ebenfalls Geltung verschafft haben.

Ich werde hierauf zurückkommen. Siehe wegen ὕβρις in sachlicher Beziehung Erkl. 94 unter IV. V; und wegen des Verfahrens Erkl. 96 unter 5. 6.

94. Das Edikt, wie es dem Gajus vorgelegen haben mag und die weitere Entwicklunng. III, 220.

Das Edikt, welches den Institutionen des Gajus im allgemeinen zugrunde liegt, ist allem Anschein nach nicht das Juliansche, sondern vielmehr ein älteres prätorisches Edikt. Ich verweise in dieser Beziehung auf meine Ausführungen Rechtsgel. Gajus § 40 und habe außerdem gelegentlich auf folgende Stellen aufmerksam gemacht:

I, 200 vgl. damit I. I. I, 24 § 1; siehe Bd. 1 S. 315.

II, 119. Das Edikt bei Gajus betr. die b. p. s. t. bildet ein Mittelglied zwischen dem Julianschen Edikte und dem Edikte bei Cicero; siehe Bd. 2 Abt. 2 S. 180.

II, 137. Es ist nicht berücksichtigt die b. p. commisso per alium edicto; siehe Bd. 2 Abt. 2 S. 225.

II, 147 vgl. damit Ulp. fr. 1 § 8 de b. p. s. t. 37, 11; siehe Bd. 2 Abt. 2 S. 235.

II, 149. Es ist nicht berücksichtigt die b. p. unde uir et uxor; siehe Bd. 2 Abt. 2 S. 244.

III, 41. Von der b. p. commisso per alium edicto ist hier so wenig die Rede wie II, 137; siehe Bd. 3 Abt. 1 S. 91.

IV, 47. Die Gedoppeltheit der Formeln beschränkt sich bei Gajus auf Kommodat und Depositum, während das Juliansche Edikt sie beim Pignus ebenfalls kannte; siehe Bd. 3 Abt. 2 Erkl. 70 a. E.

Derselbe Standpunkt dürfte einzunehmen sein unserm § 220 gegenüber.

I. Ich will zunächst versuchen in Anlehnung an die Worte dieses Paragraphen das Edikt wieder herzustellen, wie es mutmaßlich dem Gajus vorgelegen haben könnte.

In eum qui iniuriam commiserit, cum quis pugno puta aut fuste percussus uel uerberatus erit, iudicium dabo.

Si cui conuicium factum fuerit; siue quis bona alicuius sciens eum nihil sibi debere sibi proscripserit; siue quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit; siue quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit: in eum qui fecerit iudicium dabo.

Denn daß Gajus in unserm Paragraphen sich dem Edikte angelehnt hat, ergibt zunächst eine oberflächliche Betrachtung der Sonderedikte. Vgl. schon Pernice, Labeo Bd. 2² Abt. 1 S. 26. 27.

Lenel, Ed.² S. 386 flg. bringt als Juliansche Sonderedikte: De conuicio, de adtemptata pudicitia, ne quid infamandi causa fiat.

Dem entsprechen bei Gajus die Sonderedikte 1. 4. 3. Als überschüssiges erscheint daneben 2, worauf ich gleich zurückkommen werde: siehe unter III, 2.

Außerdem wird von Ulp. 57 ed. fr. 15 § 26 de ini. 47, 10 ein generale edictum erwähnt, um deswillen Labeo ein Sonderedikt für überflüssig erklärte: quippe cum ex generali iniuriarum agere possumus.

Dieses dem Labeo überflüssig erscheinende Sonderedikt ist das ad infamiam bezügliche. Es muß mithin das allgemeine Edikt eine Wortfassung gehabt haben, die eine derartige Auslegung ermöglichte.

A. In dieser Beziehung ist zu beachten eine Aeußerung von Labeo bei Paul. Coll. 2, 5 § 1: apud praetorem iniuriam ὕβριν dumtaxat significare. Diesen Satz hat bereits Lenel in seiner Palingenesie bei Labeo 126 an die Spitze des generale edictum gestellt. Wir werden demnach annehmen können, daß der Ausdruck iniuria im allgemeinen Edikte vorkam. Und wenn Labeo die iniuria mit der ὕβρις auf gleiche Stufe stellte, so begreift sich leicht, wie er dazu gelangte, das Sonderedikt ad infamiam für überflüssig zu erklären: siehe unter IV.

Die der Ueberlieferung bei Gajus entsprechenden Worte des allgemeinen Ediktes fehlen bei Ulpian. Da aber das Wort iniuria darin gestanden haben wird und wir dieses Wort bei Gajus finden, wäre nicht unmöglich: daß dem Labeo bereits ein allgemeines Edikt in der Fassung, wie ich es in Anlehnung an Gajus aufstellte, vorgelegen hätte.

B. Seinem ursprünglichen Sinne nach sollte das allgemeine Edikt nur Tätlichkeiten umfassen. Als Beispiele werden vorgeführt: das pugno aut fuste percutere uel uerberare. Die Erweiterung hat dann stattgefunden durch Sonderedikte.

1. An erster Stelle wird genannt conuicium, welches wohl mit uox, uocare zusammenhängt: siehe Walde² S. 190; Mommsen, Röm. Strafrt. S. 794 Anm. 4. Schon bei Festus, Th. 29 unter Conuicium heißt es: inmutata littera quasi conuocium. Auf diese Weise wurde das gesprochene Wort mitumfaßt; aber nicht jede Wortbeleidigung berechtigte zur Klage. Ulp. fr. 15 § 11 de ini. bemerkt: non omne maledictum conuicium esse. Näheres siehe Mommsen S. 796.

Bereits bei rhet. ad. Her. 2, 26 § 41 wird dieses conuicium der iniuria untergeordnet: Falsae (definitiones) sunt huiusmodi, si quis dicat iniuriam esse nullam, nisi quae ex pulsatione aut conuicio nascitur. Die ältesten Beispiele für gerichtliche Verfolgung von Wortbeleidigungen bieten zwei Dichter dar bei rhet. ad. Her. 2, 13 § 19. Siehe darüber Erkl. 93 unter 6. Vgl. ferner Labeo bei Ulp. fr. 15 § 3 de ini. 47, 10: Conuicium iniuriam esse Labeo ait.

2. Der zweite Fall lehnt sich dem römischen Konkursverfahren bzw. der bonorum uenditio an: siue quis bona alicuius sciens eum nihil sibi debere sibi proscripserit. Der Gegenstand hat mich bereits beschäftigt zu III, 79: siehe Bd. 3 Abt. 1 Erkl. 46.

Das regelmäßige Verfahren begann in folgender Weise: Antrag des bzw. der Gläubiger, Befehl des Prätors zur Besitzergreifung, Dauer der Besitzergreifung beim Vermögen eines Lebenden 30 Tage, bei einem Nachlaß 15 Tage. Oeffentlicher

Anschlag möglich nebenher, wird aber erst verlangt nach Ablauf der angegebenen Frist.

Von einem solchen regelmäßigen Verfahren kann hier keine Rede sein, da es sich um jemand handelt, der recht gut weiß, daß derjenige, dessen Vermögen er zum Verkauf ausbietet, ihm nichts schuldet. Ein Anwesender wird sich derartiges so leicht nicht haben gefallen lassen und den Anschlag vielleicht sofort wieder heruntergerissen haben. Es wird hier also vorzugsweise an Abwesende zu denken sein.

Andererseits ist anzunehmen, daß der sich als Gläubiger Hinstellende das herkömmliche Formular benutzte, welches wir uns nach Theoph. pr. de succ. subl. IV, 12 etwa in dieser Weise vorzustellen haben: Mein Schuldner so und so ist dem Vermögensverkaufe verfallen, ich, sein Gläubiger, verkaufe dessen Vermögen, wer es kaufen will komme heran. Vgl. meine Abhandlung 'Zum römischen Konkursverfahren' in Mélanges Girard Bd. 1 S. 631.

Von einer Mitwirkung des Prätors bei Bewerkstelligung eines solchen Anschlags ist nirgends die Rede. Um so leichter war es möglich, auf diese Weise den Kredit anderer zu untergraben.

Der Fall ist nicht ganz jung und reicht ebenfalls wie das conuicium schon in die Zeit der Republik hinein: denn bereits Servius dehnte die Vorschrift auf das Faustpfand aus und sprach von einem iniuriarum agi posse. Vgl. Ulp. 57 ed. fr. 15 § 32: item si quis pignus proscripserit uenditurus, tamquam a me acceperit, infamandi mei causa, Seruius ait iniuriarum agi posse. Wir müssen uns dabei erinnern, daß die Veräußerung des Pfandgläubigers damals noch einer Vereinbarung bedurfte: siehe II, 64 und dazu Bd. 2 Abt. 1 Erkl. 40. Hier tut nun jemand so, als sei ihm eine verpfändete Sache vom Schuldner und Eigentümer zum Verkaufe übergeben.

Beachtung verdient das sibi vor proscripserit, das Kr., Huschke u. a. gestrichen haben: siehe zu unserer Stelle Dubois. Mir ist die Sache zweifelhaft. Einen Gegensatz zu diesem sibi

würde bilden das Auftreten eines procurator. Also wenn jemand im Anschlag einen andern als Gläubiger genannt und gewußt hätte, daß dem andern nichts geschuldet werde: so wäre das keine Beleidigung, weder von seiten des procurator noch des Vertretenen. Vgl. Ulp. 6 ed. fr. 6 § 2 de his qui not. 3, 2; Iul. fr. 2 pr. de obsequiis 37, 15 und dazu Mommsen, Röm. Strafrt. S. 806 Anm. 7.

Die Absicht bei einer solchen Handlung wird regelmäßig die gewesen sein, den als Schuidner Hingestellten in der Achtung seiner Mitbürger herabzusetzen: man kann demnach sagen, sie geschah regelmäßig infamandi causa. Die Absicht kommt aber zunächst nicht zum Ausdruck, das spricht ebenfalls für ein verhältnismäßig hohes Alter. Servius in seinem Beispiele hingegen hätte den Zusatz schon gebracht, wenn das infamandi mei causa nicht vielleicht erst von Ulpian oder andern hinzugefügt sein sollte.

3. Ich wüßte nicht, was der Annahme entgegenstände daß wir in dem Anschlage das erste Beispiel zu erblicken hätten, wo die Beleidigung durch die Schrift erfolgte. Dann ist aber als weiterer Fall der libellus angereiht worden; in der Weise, daß gleich die Absicht durch ad infamiam mit zum Ausdruck gebracht wurde. Und zwar scheint hier Anlehnung an die lex Cornelia de iniuriis stattgefunden zu haben, von der es heißt bei Ulp. 56 ed. fr. 5 § 9 de ini. 47, 10: Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit . . si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur. Ebenso dürfte in diesen Zusammenhang gehören Gai. ed. 22 fr. 26 qui test. 28, 1: Cum lege quis intestabilis inbetur esse. Daß wir es hier mit der lex Cornelia de iniuriis zu tun haben, dafür spricht gleich der Eingang des fr. 5: Lex Cornelia de iniuriis. Einige Beachtung verdient auch Bas. 60, 21 cap. 5 § 8 schol.: ἐπὶ τῆς πραιτωρίας καὶ τῆς ἀπὸ τοῦ Κορνελίου. Vgl. Rudorff, R. R.G. Bd. 1 S. 101; es fehlt aber nicht an Zweiflern: siehe schon Schultingii notae VII, 1 S. 221. So gelangen wir zur Schmähschrift,

dem liber bzw. libellus famosus: siehe dazu Mommsen, Röm. Strafrt. S. 794 Anm. 5.

Und ihm hat sich zugesellt das niedergeschriebene Lied: si . . carmen scripserit. Ursprünglich bedeutet malum carmen incantare in den Zwölftafeln das Singen von Zauberformeln, später versteht man unter malum carmen ein Schmähgedicht: vgl. Erkl. 93 unter 1. Dem Schmähgedichte begegnen wir bereits bei Cic. de rep. 4, 10 § 12: si quis occentauisset siue carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumue alteri; und noch bei Arcadius Charisius fr. 21 pr. de test. 22, 5: Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit. Dieser Arcadius Charisius gehörte wahrscheinlich erst dem 4. Jahrhundert an: vgl. Kalb, Roms Jur. S. 144 flg.; Kipp, Quellen[3] S. 149. Hier dürfte aber die Anlehnung nicht an die lex Cornelia sondern an ein senatus consultum erfolgt sein. So schreibt Ulp. fr. 18 § 1 qui test. 28, 1: Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit. Und bei Paul. sent. 5, 4 § 15 heißt es: Qui carmen famosum in iniuriam alicuius uel alia quaelibet cantica, quo agnosci possit, composuerit, ex auctoritate amplissimi ordinis in insulam deportatur. Weiter begegnen wir bei Arc. Char. fr. 21 § 1 de test. einem item senatus censuit.

Früher hat man in dieser Weise zwischen liber bzw. libellus und carmen nicht unterschieden. So blieb denn der Gegensatz von lex und senatus consultum unaufgeklärt: siehe z. B. Mühlenbruch, Forts. Bd. 39 S. 257 Anm. 29. Aber wir sehen doch an Ulp. fr. 5 §§ 9. 10 und Paul. fr. 6 de ini.: wie ein senatus consultum das Anwendungsgebiet der lex erweiterte; warum also auch nicht in der Weise, daß einem liber das carmen angegliedert wurde?

Schwierigkeiten scheint hier allerdings zu bereiten Hor. epist. 2, 1 u. 152—154: quin etiam lex Poenaque lata malo quae nollet carmine quemquam Describi. Horaz hat vorher von dem Mutwillen und den Lustbarkeiten bei Erntefesten

gesprochen, die nicht ausarten dürften; sogar das Gesetz schreite ein und wolle nicht, daß jemand durch ein malum carmen geschildert werde. Hier werden wir unter lex die Zwölftafeln zu verstehen haben. Anderswo, sat. 2, 1 u. 82. 83, unterstellt Horaz die mala carmina einem ius iudiciumque. Kurz vorher u. 81 war die Rede von einer sanctarum inscitia legum, womit noch deutlicher auf die Zwölftafeln hingewiesen sein dürfte: vgl. Porphyrio zu u. 81 und Acro zu u. 83.

4. Im vierten Falle handelt es sich weder um ein tätliches Vergreifen an der Person noch um ein gesprochenes oder geschriebenes Wort, sondern um ein ehrenrühriges Benehmen gegen eine Frau bzw. einen Knaben: das adsectari. Den Begriff umschreibt Ulpian fr. 15 § 22 de ini. in folgender Weise: adsectatur, qui tacitus frequenter sequitur; adsiduo enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 2[2] Abt. 1 S. 31 flg.

Die Sonderedikte haben dazu beigetragen, den Bestimmungen über iniuria ein weiteres Anwendungsgebiet zu gewähren und auf diese Weise zugleich den Begriff zu erweitern. Insonderheit ist dies dem animus iniuriandi zugute gekommen. Schon Labeo wollte die iniuria mit der ὕβρις auf gleiche Stufe stellen, scheint aber nicht voll und ganz durchgedrungen zu sein. Vgl. Paul. Coll. 2, 5 § 1: unde apparet non esse uerum, quod Labeo putabat, apud praetorem iniuriam ὕβριν dumtaxat significare und dazu unten IV.

5. Zum Schlusse fügt Gajus hinzu: et denique aliis pluribus modis. Ob noch weitere Fälle im Edikt angegeben waren? Nötig ist die Annahme gerade nicht. Daß aber Gajus noch weitere Fälle kannte, ersehen wir aus seinem Ediktskommentare Buch 22 fr. 12. 19 de ini.: Si quis de libertate aliquem in seruitutem petat, quem sciat liberum esse . . Si creditor meus, cui paratus sum soluere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellauerit.

II. Ich wende mich jetzt dazu, den bisher betrachteten Fällen das Juliansche Edikt an die Seite zu stellen.

A. Vom generale edictum ist uns bei Ulpian der Hauptsatz nicht erhalten, wovon schon die Rede war: siehe oben unter I S. 613.

Statt dessen verweist uns Lenel, Ed.² S. 384 auf Gell. n. a. 20, 1 § 13. Das dürfte nicht ganz zutreffen.

Meines Erachtens ist vielmehr ein Oberabschnitt mit einem Recuperatores dabo anzunehmen, dem auch eingereiht waren die recuperatores iniuriis aestumandis. Und in Anlehnung an diese Einreihung wird von Geltendmachung der iniuria überhaupt gehandelt sein.

Diesem generale edictum ist dann noch von Lenel ganz richtig ein Nebensatz unterstellt worden, der sich findet bei Paul. Coll. 2, 6 § 1 und so lautet: Qui iniuriam agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit et taxationem ponat non minorem quam quanti uadimonium fuerit.

Hiermit hat Lenel weiter verbunden III, 224.

Ich habe indes bereits Rechtsgel. Gajus S. 133. 134 darauf aufmerksam gemacht und vor mir schon Triebs, Studien zur lex dei S. 149 hat darauf hingewiesen: daß beide Stellen miteinander nicht in Einklang stehen. Die Praxis, wie sie uns Gajus schildert, scheint vielmehr erst der Vorläufer gewesen zu sein für den Ediktssatz, den wir bei Paulus antreffen. So wird denn wohl die Aenderung, die hier stattgefunden hat, auf das Juliansche Edikt zurückgehen.

Mit dem Inhalt beider Stellen werde ich mich später noch näher beschäftigen müssen.

B. Ich gehe über zu den Sonderedikten.

1. Den Anfang macht auch hier das conuicium. Dasselbe lautete nach Lenel, Ed.² S. 386: Qui adversus bonos mores conuicium cui fecisse cuiusue opera factum esse dicetur, quo aduersus bonos mores conuicium fieret: in eum iudicium dabo.

Neben dem äußern Hergange wird hier mit dem aduersus bonos mores auf die Innerlichkeit der Handlung, die Unsittlichkeit hingewiesen.

In Bezug auf das cuius opera factum esse bemerkt Lenel gegen Maschke: 'ist gewiß nicht interpoliert'. Es wird aber im Julianschen Edikt erst neu hinzugekommen sein.

Auf diese Weise erklärt sich ganz einfach Ulp. fr. 15 § 8 de ini. Der hier wiedergegebene Satz wird von Ulpian einem Schriftsteller entlehnt sein, der in dieser Beziehung dem Julianschen Edikte schon vorarbeitete.

Endlich weist das dicetur auf die jüngste Ediktsepoche hin: siehe Dernburg, Festgaben für Heffter S. 126. Die Neuerungen beschränken sich aber auf aduersus bonos mores und cuius opera factum esse. Alt ist allein conuicium cui fecisse, dem bei Gajus cui conuicium factum fuerit entspricht. Da nun dieses conuicium cui fecisse gleichfalls von dicetur abhängt, so ersehen wir daraus, daß dicetur auch Altes mitumfassen konnte. Wir müssen mithin bei Handhabung der Folgerung: dicetur, also neu, eine gewisse Vorsicht walten lassen.

2. Dem schließt sich nach Lenel gleich an das Edikt de adtemptata pudicitia.

Während Gajus sich beschränkt auf das matrem familias aut praetextatum adsectari, fügen I. I. IV, 4 § 1 nicht bloß praetextatam hinzu, sondern lassen daneben noch den Satz folgen: siue cuius puditicia adtemptata esse dicetur. Hier haben wir also wiederum ein dicetur, aber neben einem adsectatus fuerit.

Dieses Nebeneinander läßt es doch wohl zweifelhaft erscheinen, ob die adtemptata pudicitia, wie Lenel behauptet, nur der Rubrik angehörte. Wir werden ihr ebenfalls einen Platz im Edikte gönnen müssen.

Diesem Ediktssatze scheint als Beispiel das comitem abducere hinzugefügt zu sein. Diesen Gedanken legt wenigstens nahe Ulp. fr. 15 § 19 de ini. 47, 10: Tenetur hoc edicto non tantum qui comitem abduxit. Ferner ist zu vergleichen Paul. Coll. 2, 5 § 4.

Weiter bliebe noch das appellare unterzubringen. Vielleicht haben wir für das Juliansche Edikt folgende Reihenfolge anzunehmen: siue quis matrem familias aut praetextatum praetextatamue adsectatus fuerit, siue eorum quem appellauerit siue cuius pudicitia attemptata esse dicetur, si quis comitem abduxerit.

Das appellare unterscheidet sich sowohl vom conuicium wie dem adsectari: siehe Ulp. fr. 15 §§ 20—22.

Ein aduersus bonos mores, wie Lenel annimmt, scheint das appellare nicht begleitet zu haben.

3. Es folgt bei Ulp. fr. 15 § 23 ein recht allgemein gehaltener Ediktssatz: Ne quid infamandi causa fiat.

Im ältern Edikt begegnen wir der infamia nur in zwei Fällen: siue quis .. libellum aut carmen scripserit. Davon ist der libellus als Beispiel für die formula zwar beibehalten, siehe Paul. Coll. 2, 6 § 5; übrigens aber im Edikte selber von Einzelheiten abgesehen.

Wie weit diese Allgemeinheit reichte, die eine Neuerung sein dürfte, hebt Ulpian § 27 zunächst hervor. Sie bezieht sich auf: quodcumque quis fecerit uel dixerit, ut alium infamet.

Weiter ergibt sie sich aus folgenden Beispielen: ut puta ad inuidiam alicuius ueste lugubri utitur aut squalida, aut si barbam demittat uel capillos submittat. Es legt jemand aus Bosheit gegen einen andern Trauerkleidung bzw. schmutzige Kleidung an, oder läßt seinen Bart, sein Haupthaar wachsen, um als jemand zu erscheinen, der einen andern, dem er beständig folgt, betrauert, als ob er in einer Anklagesache schuldig sei. Vgl. zu dieser Stelle Cuiacii obs. 6, 5; Pernice, Labeo Bd. 2 Abt. 1² S. 39 Anm. 1. Wegen dieser Trauerart im allgemeinen wäre zu vergleichen Venuleius fr. 39 de ini. 47, 10; Forbiger, Hellas und Rom Bd. 1 S. 323; Marquardt, Privatleben S. 582 flg.

Nachdem diese Allgemeinheit von Ulpian genügend betont, kehrt er zu alten Fällen zurück. Zunächst folgt: aut si carmen

conscribat uel proponat uel cantet aliquod. quod pudorem alicuius laedat. Sodann begegnen wir § 29 dem libello. Wie hier aus Papinian nachgetragen, so verhält es sich auch mit § 30: vgl. darüber Pernice S. 40. Der Fall des § 30 ist freilich mehr eine Erläuterung des quodcumque quis fecerit uel dixerit.

Zum Schluß wird Ulpian §§ 31—33 die iniuriarum actio bei Gelegenheit der bonorum uenditio und verwandte Fälle näher ins Auge gefaßt haben. Während aber das proscripserit bei einem verwandten Falle, dem pignus uenditurus, noch erscheint, ist es bei den bona durch ein occupauerit ersetzt worden. Das beruht wohl auf Interpolation der Kompilatoren, ebenso wie I. I. IV, 4 § 1 cuius bona quasi debitoris possessa fuerint statt des Gajanischen bona alicuius quasi debitoris . . proscripserit gesetzt worden. Diese Interpolationen hängen zusammen mit der Umwandlung, welche bei der bonorum uenditio eingetreten war. Vgl. I. I. III, 12 pr.: bonorum uenditiones exspirauerunt et tautummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere et prout eis utile uisum fuerit ea disponere.

Mit Ulp. fr. 15 § 31 de ini. hat sich näher beschäftigt Vos, wie ich entnehme J. van Kan, Z. R.G. Bd. 49 S. 435.

4. Endlich war angehängt als Schlußsatz: Si quis aduersus ea fecerit, prout quaeque res erit, animaduertam.

Das wird ebenfalls eine Neuerung sein und zwar eine recht eigenartige. Denn daß der Prätor sich eine solche Machtbefugnis bei Delikten ausdrücklich vorbehielt, findet sich nicht bei andern Delikten: siehe Mommsen, Röm. Strafrt. S. 788. 789.

III. Ist meine Vermutung richtig, daß unserm § 220 ein älteres Edikt zugrunde liegt, so zeigt die hier gebrachte Zusammenstellung deutlich, wie Julian bei seiner Arbeit zuwerke ging.

1. Das generale edictum könnte Julian in der Weise übernommen haben, wie er es im ältern Edikt schon vorfand.

Im Sonderedikte De conuicio sind aduersus bonos mores und cuius opera factum esse neue Zusätze.

Uebergangen ist das bona proscribere und gleich angeschlossen das Edikt De adtemptata pudicitia.

Mit diesem Edikt sind folgende Aenderungen vorgenommen. Das praetextatum hat durch Hinzufügung von praetextatamue genauere Bestimmung erhalten. Als neue Zutat erscheint ferner der Satz siue cuius pudicitia attemptata esse dicetur. Weiter sind hinzugekommen die Beispiele: si quis comitem abduxerit und siue eorum quem appellauerit.

Eine wesentliche Umgestaltung hat erfahren das Sonderedikt Siue quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit. Statt dessen hat die infamia im Juliánschen Edikte ganz allgemein Berücksichtigung gefunden.

Den Schluß des Julianschen Ediktes bildet eine Klausel, die dem Prätor eine weitgehende Machtbefugnis beilegt.

Zur Erläuterung dieses Ediktes ist von Ulpian die ältere Litteratur, meistens in geschickter Weise, mit herangezogen.

2. Die Entwicklung ist eine doppelte gewesen. Einerseits ist der äußere Hergang zu beachten, dann daneben die Innerlichkeit zu berücksichtigen.

Die iniuria nimmt ihren Ausgang von den Tätlichkeiten. Es reiht sich an die Wortbeleidigung, das conuicium. Die Schrift tritt uns zum ersten Male beim bona proscribere entgegen. Dem Anschlage reiht sich an der libellus und das carmen. Darauf folgt dann wieder eine Tätlichkeit eigner Art, das adsectari.

Daneben wird die Innerlichkeit berücksichtigt. In dieser Beziehung ist das sciens eum nihil sibi debere beim bona alicuis proscribere zu beachten. So ist denn dieser Fall nach zwei Seiten hin von Bedeutung: einmal wegen der Schrift, sodann wegen der Gesinnung.

Und diesem Fall sind andere angereiht: Ulp. fr. 15 §§ 31—33 de ini. 47, 10. Er bildete also den Anknüpfungspunkt für eine Weiterentwicklung des Begriffes iniuria. Eine solche Entwicklung wird auch einmal gewesen sein: si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit.

Im Julianschen Edikt ist dann dieser Anknüpfungspunkt beseitigt, dagegen die infamia zu allgemeinerer Bedeutung gelangt durch den Satz: ne quid infamandi causa fiat. Weiter ist beim conuicium eingeschoben aduersus bonos mores.

Das adsectari hat sich erweitert zu einer adtemptata pudicitia. Das aduersus bonos mores, dem wir hier bei Ulp. fr. 15 § 20 de ini. begegnen, geht aber wohl erst auf die Auslegung zurück.

Beim äußern Hergang haben wir zunächst die Entwicklung von Fall zu Fall. Bei einzelnen Fällen wird daneben die Innerlichkeit berücksichtigt. Hier gelangt man auf diese Weise zu viele Fälle umfassenden allgemeineren Begriffen.

Meistens glaubt man mit einem einzigen Allgemeinbegriff auskommen zu können, etwa dem animus iniuriandi. So fordert z. B. nach Mommsen, Röm. Strafrt. S. 797 die iniuria im spätern Recht 'die absichtliche Rechtsverletzung'.

Es wird indessen ausdrücklich unterschieden zwischen dem Handeln aduersus bonos mores und der infamia.

Die infamia wird nach wie vor verlangt beim libellus und dem carmen, ihm ist aber auch unterstellt worden das bona alicuis proscribere und was sich dem anhängte.

Das Handeln aduersus bonos mores finden wir beim conuicium und der adtemptata pudicitia.

Beides ist keineswegs dasselbe. Bei der infamia des späteren Rechts haben wir es allerdings zu tun mit dem rechtswidrigen Vorsatz, eine Ehrenkränkung herbeizuführen. Bei einem Handeln adversus bonos mores steht aber nur in Frage die Verletzung des objektiven Sittengesetzes. Die Gesinnung ist hier keineswegs das Entscheidende. Aehnliche Gedanken entwickelt schon Pernice S. 31 flg.

IV. Hier scheint mir der Ort zu sein, um auf eine Ansicht näher einzugehen, die dem Labeo beigelegt wird. Sie ist uns zwar in geteilter Gestalt überliefert. Aber die Zusammengehörigkeit beider Teile ist klar und ihre Zusammenfügung bereitet keine Schwierigkeiten.

In Bezug auf das Edikt ne quid infamandi causa fiat bemerkt Ulpian fr. 15 § 26: Hoc edictum superuacuum esse Labeo ait, quippe cum ex generali iniuriarum agere possumus.

Nun ist mir freilich fraglich, ob es ein so allgemeines Edikt über Infamie zu Labeos Zeiten schon gab. Labeo wird ein beschränkteres Edikt vor Augen gehabt haben, etwa ein solches, wie es dem Gajus vorlag, oder gar ein solches, das nur den libellus betraf. Deshalb paßte die Bemerkung Labeos ebenfalls auf das allgemeine Edikt, sodaß dem Ulpian sich Gelegenheit darbot, hierüber seine Meinung zu äußern.

Uns kümmert vor allen Dingen die Ansicht des Labeo.

Sie wird ergänzt durch eine Bemerkung von Paulus Coll. 2, 5 § 1: non esse uerum, quod Labeo putabat, apud praetorem iniuriam ὕβριν dumtaxat significare.

Demnach umfaßte die iniuria im Sinne Labeos die infamia, könnte aber auch ein weiterer Begriff sein; jedoch mußten die Voraussetzungen der ὕβρις vorliegen.

Was wir nun unter der ὕβρις zu verstehen haben, ist freilich wiederum streitig.

Hitzig, Iniuria S. 38 erblickt den Ausgangspunkt für die Entwicklung des Hybrisbegriffs in der Anwendung überlegener physischer Gewalt. Dagegen haben sich erklärt Lipsius, Att. Rt. S. 426 und Partsch S. 57.

Lipsius, S. 425 findet das Merkmal, 'das eine Handlung zur Hybris macht . . nicht in der Handlung an sich . . sondern in der Absicht, die mit ihr verfolgt wird . .'. Immer ist es 'die sich selbst überhebende, den anderen herabwürdigende Gesinnung, die die ὕβρις ausmacht'.

Hirzel, Themis S. 166 bemerkt: 'Was θέμις und δίκη mit einander verbindet, ist der gemeinsame Kampf gegen die ὕβρις, gegen jede Art von Ueberhebung'.

Partsch S. 56 flg. führt näher aus, daß nicht alle griechischen Rechte die ὕβρις in demselben Sinne auffaßten.

Lipsius S. 982 erhebt gegen Partsch den Vorwurf, daß er der ὕβρις einen zu weiten Umfang gebe.

Eine Hauptstelle liefert Etym. magnum unter ὕβρις S. 774 Zle 13. 14: ὕβρις ἡ μετὰ προπηλακισμοῦ καὶ ἐπηρείας αἰκίας, αἰκία δὲ πληγαὶ μόνον. Vgl. zu dieser Stelle Hitzig S. 89 und Lipsius S. 426. Im Gegensatz zur αἰκία wird für die ὕβρις Beschimpfung und übermütige Behandlung verlangt. Wir können dem entnehmen, daß die bloße Tätlichkeit für die ὕβρις nicht ausreicht.

Wenn demnach die Herausgeber des Pap. Hal. 1 die uns Zle 210 entgegentretende Ueberschrift Ὕβρεως mit 'Gewalttätigkeiten' wiedergeben, so unterschätzen sie damit die Tragweite der hierauf bezüglichen Bestimmung, wie Partsch dies S. 62 näher ausgeführt hat. Vgl. ferner unten Erkl. 96.

Das Verfahren bei der γραφὴ ὕβρεως hatte in Athen sich besonders gestaltet. Der Name γραφή weist darauf hin, daß bei den öffentlichen Klagen schriftliches Anbringen zuerst zur Regel wurde: siehe Lipsius S. 240 Anm. 9. Das wesentliche Merkmal einer γραφή als öffentlicher Klage besteht darin, 'daß sie nicht nur von dem Verletzten, sondern von jedem Bürger angestellt werden kann': Lipsius S. 243. Diese eigentümliche Behandlung wird zurückgeführt auf die Solonische Gesetzgebung: vgl. Plut. Sol. 18; Arist. 9, 1 und dazu Lipsius S. 31. 237; Partsch S. 55. 56. Andere griechische Rechte müssen hier nach Partsch von jeher ganz andere Bestimmungen gehabt haben. So scheinen auch Δικαιώματα Zle 210—213 nur eine Privatklage wegen Hybris, δίκη ἰδία ὕβρεως, zu kennen.

Pernice S. 27 meinte: 'die Hybris, von der Labeo spricht, ist die der attischen Juristen'. Partsch S. 62 hält es hingegen für 'besonders bedeutungsvoll': 'daß schon Labeo die römische actio iniuriarum mit der griechischen Klage gegen Hybris . . gleichsetzte'.

Indessen Labeo hat doch nur für den Begriff iniuria die Voraussetzungen der ὕβρις verlangt. Dabei mag dann aller-

dings die Annahme näher liegen, daß Labeo sich die Klage wegen ὕβρις als eine reine Privatklage, δίκη ἰδία, vorstellte. Gerade notwendig wäre diese Annahme wohl nicht.

Auf keinen Fall darf aber aus der Auffassung des Labeo, wohin Partsch neigt, gefolgert werden: daß die prätorische iniuriarum actio einfach dem griechischen Rechte entlehnt wurde. Denn einmal hat es eine solche Klage schon vor Labeo gegeben; ferner ist Labeo mit seiner Ansicht gar nicht durchgedrungen. Denn wenn sich auch die infamia der ὕβρις unterstellen läßt, so stoßen wir doch daneben im Julianschen Edikte auf ein Handeln aduersus bonos mores. Dieser Verstoß gegen das objektive Sittengesetz läßt sich nicht ohne weiteres der ὕβρις unterordnen.

Nur soviel läßt sich behaupten. Auf Labeo ist allerdings das griechische Recht insofern von Einfluß gewesen, als er versuchte die iniuria vom Standpunkte der ὕβρις aus zu erfassen. Das mag dann zur Folge gehabt haben, daß die römische Wissenschaft der Frage näher trat: inwiefern bei der iniuria auf die innere Gesinnung Rücksicht zu nehmen sei.

Daß Labeo den Begriff iniuria zu eng begrenzte, wird von Paulus ausdrücklich ausgesprochen: non esse uerum. Ich kann Pernice S. 28 Anm. 1 nicht zugeben: daß Paulus in der Auffassung des Edikts mit Labeo einig war. Als gemeinschaftliche Voraussetzung aller iniuriae stellt er vielmehr Coll. 2, 5 § 2 hin: quod semper aduersus bonos mores fit idque non fieri alicuius interest. Und von diesem Standpunkte aus ist auch die contumelia des § 3 zu verstehen.

V. Schließlich noch ein paar Worte über die Schlußklausel: Si quis aduersus ea fecerit, prout quaeque res erit, animaduertam.

Das aduersus ea wird nicht bloß auf das letzte Edikt, sondern alle voraufgehenden Edikte de iniuriis zu beziehen sein.

Jede iniuriarum actio wurde also im allgemeinen nach Umständen gegeben oder verweigert. Das entspricht sonst nicht römischer Gepflogenheit. Diese Behandlung kehrt bei keinem

andern Delikt wieder; jeder Diebstahl und jede Sachbeschädigung ist klagbar, aber keineswegs jede Injurie'. Siehe Mommsen, Röm. Strafrt. S. 789.

Ganz anders verhält es sich mit dem griechischen Rechte. Siehe Lipsius S. 421: 'Wie für andere Delikte, hatte auch für den Begriff der ὕβρις das Gesetz eine genauere Bestimmung nicht gegeben, sondern dem Ermessen der Richter einen weiten Spielraum gelassen'.

So könnte denn vielleicht die Schlußklausel auf Einwirkung griechischen Rechtes zurückzuführen sein.

95. Mittelbare und unmittelbare Beleidigung III, 221. 222.

Bei der mittelbaren Beleidigung haben wir zu unterscheiden zwischen Freien und Sklaven.

I. Die Freien.

Vor allen Dingen kommen die Hauskinder in Betracht. Die Beleidigung, welche einem Hauskinde widerfährt, trifft mittelbar den Hausvater mit.

Dasselbe Verhältnis waltet ob bei der uxor in manu und ihrem Ehemann.

Später hat man dann auch auf die freie Ehe diese Auffassung übertragen.

II. Die Sklaven.

1. In Bezug auf den Sklaven weist das römische Recht eine eigenartige Zwiespältigkeit auf: siehe Bd. 1 Erkl. 14 S. 139 flg.

Von Haus aus haben die Römer den Sklaven als Menschen betrachtet. Es hat aber nicht an Versuchen gefehlt, ihn zur Sache herabzudrücken. Diese verschiedenartige Betrachtungsweise hat sich bei unserer Beleidigung ebenfalls Geltung verschafft. Vgl. Huschke, Gajus S. 154.

In den Zwölftafeln VIII, 3 ist der Sklave ein Mensch, wenngleich ein minderwertiger. Dagegen bei Gajus II, 13 wird er den körperlichen Sachen angereiht. Dem entspricht es,

daß der Sklave nach III, 222 gar nicht beleidigt werden kann, sondern nur der Eigentümer durch ihn. Anders dachte in dieser Beziehung freilich Ulpian fr. 15 §§ 35. 44. 45. Vgl. Lenel, Ed.[2] S. 387 § 194.

2. Jedenfalls gewährte der Prätor dem Eigentümer eine Klage: si quis alienum seruum uerberauerit.

Damit war der Wissenschaft und Praxis Gelegenheit geboten, den Begriff uerberare näher zu entwickeln. Ofilius bei Ulp. fr. 5 § 2 de ini. 47, 10 verstand darunter ein cum dolore caedere im Gegensatz zum pulsare sine dolore.

Ueberhaupt sollte nur eine schwerere Beleidigung in Betracht kommen: cum quid atrocius commissum fuerit. In dieser Beziehung bemerkt Ulpian fr. 9, § 4: sed et si serui pudicitia adtemptata sit, iniuriarum locum habet. Andererseits wurde nach Gajus ausgeschieden das conuicium und pugno percutere. Vgl. damit Ulp. fr. 15 §§ 40. 44.

Bemerkenswert ist die Art und Weise, wie Gajus die prätorische Klage seinem theoretischen Standpunkte anpaßt. Ist es denn so offenbar, daß die Geißelung des Sklaven für den Herrn eine Schmach war? Keine Beleidigung für den Sklaven? Fühlte doch dieser die Hiebe!

3. Wie mag es mit dem Edikte sich verhalten, das dem Gajus vorlag?

Das Beispiel, welches Gajus bringt, wird diesem Edikte entlehnt sein. Und ebenso könnte die Schranke der schweren Beleidigung auf den römischen Prätor zurückgehen.

Demnach erhielten wir folgende zwei Bestandteile: cum quid atrocius commissum fuerit, ueluti si quis alienum seruum uerberauerit.

4. Davon unterschied sich in verschiedenen Punkten das Juliansche Edikt, das nach Lenel, Ed.[2] S. 387 so lautete:

Qui seruum alienum aduersus bonos mores uerberauisse deue eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo.

Zunächst ist das uerberare mit dem Zusatze aduersus bonos mores versehen worden. Allerdings hatte nach Ulp. fr. 15 § 39 de ini. 47, 10 schon Labeo das uerberare in diesem Sinne genommen. Darum brauchte es aber damals seinen Platz sich noch nicht im Edikte erobert zu haben.

Als zweites Beispiel ist angefügt: deue eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur. Auch mit diesem Falle muß Labeo schon vertraut gewesen sein, da er nach Ulp. fr. 15 § 42 de ini. 47, 10, selbst wenn die Folterung iussu domini geschehen, unter Umständen für eine Klage eintrat.

Vielleicht kommt in gewisser Weise dem Labeo für diesen Fall sogar die Urheberschaft zu. Vgl. Mommsen, Röm. Strafrt. S. 656 Anm. 2. Ursprünglich griff hier nämlich ein die lex Iulia de ui priuata. Vgl. Paul. fr. 4 pr. § 1 ad leg. Iul. de ui priu. 48, 7: Legis Iuliae de ui priuata crimen committitur . . si quis quaestionem de alterius seruo habuisset. Nach diesen Worten ist mit Mommsen eine Lücke anzunehmen. Dann heißt es weiter: et ideo moderatius edicto praetoris de iniuriis utendum esse Labeo ait.

Die Lücke wird von Mommsen dahin ausgefüllt: quamquam ea res iudicium publicum uix requirit. Es wird hier wohl die Frage erörtert sein: ob statt des iudicium publicum auch eine Privatklage zulässig sei. Vgl. Erkl. 93 unter 8. Unmittelbar vor et ideo hieß es vielleicht: sed si malit agere priuato iudicio non esse prohibendum.

Daß das zweite Beispiel erst später angefügt, dafür spricht auch das habuisse dicetur. Dem dicetur hat sich dann freilich das uerberare ebenfalls anbequemen müssen. Das uerberauerit bei Gajus ist durch ein uerberauisse ersetzt worden. Vgl. Erkl. 94 unter II, B 1.

4. Das Ermessen des Prätors ist im Julianschen Edikte anders umgrenzt als bei Gajus.

Gajus bringt anscheinend nur ein Beispiel und für dieses zugleich die Formel: et in hunc casum formula proponitur.

Im proponitur liegt kein besonderes Versprechen der Formel, sondern nur das Verkünden: siehe Wlassak, Edict S. 35. Das Versprechen ist aber schon gegeben durch das iudicium dabo, das wir bei Gajus ebenfalls voraussetzen dürfen.

Wenn nun ein iudicium besonders versprochen und daneben die Formel verkündet war, so hatte das nach Gajus die Bedeutung: daß jeder Klagenwollende sich ohne weiteres der Formel bedienen durfte. Fehlte es an einer solchen Formel, si non proponitur ulla formula, so mußte die Formel besonders erbeten werden, petenti datur.

Für Erledigung eines solchen Antrages wird aber bei Beginn eines rerum actus, wo alles andrängte, was mit verkündeten bzw. besonders bewilligten Formeln klagen wollte, schwerlich die nötige Zeit gewesen sein. Wir haben demnach Vortermine anzunehmen, wo derartige Anträge ihre Erledigung fanden.

In unserm Falle war nun das Ermessen des Prätors insofern beschränkt, als er eine Formel nur erteilen sollte, cum quid atrocius commissum fuerit.

Das ist indes nicht so zu verstehen, als ob ihm jegliche Berücksichtigung einer leichten Beleidigung verboten gewesen wäre; er sollte in dieser Beziehung nur nicht ohne hinreichenden Grund verfahren, nec temere petenti datur.

Wie nun, wenn dieser Grund zu wünschen übrig ließ? Eine Nichtigkeit des Verfahrens dürfte das kaum zur Folge gehabt haben. Es wird sich also wohl nur um eine Ordnungsvorschrift handeln.

Etwas anders sieht es aus mit dem Ermessen des Prätors nach dem Julianschen Edikt.

Zunächst haben wir hier zwei Fälle, in denen der Prätor ohne weiteres eine Formel gewährt: das uerberauisse und quaestionem habuisse. Für beide Fälle wird auch wohl die Formel im Edikt schon aufgestellt gewesen sein. Die Demonstrationen hätten wir uns etwa so vorzustellen: Quod N^s N^s seruum A^i A^i aduersus bonos mores uerberasset bzw.

Quod N[s] N[s] de seruo A[i] A[i] aduersus bonos mores iniussu domini quaestionem habuisset. In allen übrigen Fällen waltete das freie Ermessen des Prätors. Vgl. Ulp. fr. 15 § 43 de ini. 47, 10: si uero aliam iniuriam passus sit, non aliter competit (iudicium) quam causa cognita. Statt competit schrieb Ulpian nach Kr. Dig.[11] datur. Verdächtig ist auch das voraufgehende: siue causae cognitione iudicium in eum competit. Vielleicht hieß es ursprünglich: formula proponitur.

Im übrigen wird nicht unterschieden zwischen leichter und schwerer Beleidigung. Der Prätor scheint sich aber noch später auf eine Berücksichtigung der schweren Beleidigung im allgemeinen beschränkt zu haben. Denn es heißt c. 8 de ini. 9, 35 vom Jahre 294: Dominum pro atroci iniuria, quam seruus eius passus est, edicti perpetui actione proposita . . agere posse conuenit.

Hier wird die dem Eigentümer gewährte Klage wegen Beleidigungen, die seine Sklaven erlitten, aufgefaßt als eine Klage pro atroci iniuria, was nicht bloß zu verstehen ist von den zwei beigebrachten Beispielen.

Die Erweiterung der Klage geschah durch neue Demonstrationen. Bei einer Folterung iussu domini etwa in dieser Weise: Quod N[s] N[s] seruum A[i] A[i] iussu domini quaestionem habuisset et modum excessisset.

5. In der angeführten Codexstelle wird noch eines weitern Bestandteiles gedacht, das unserm Edikte zugekommen wäre. In der zunächst gelassenen Lücke heißt es: qua damni etiam haberi rationem uerbis euidenter exprimitur.

Nach Lenel, Ed.[2] S. 387 Anm. 19 sollen diese Worte hinweisen auf die intentio in bonum aequum concepta. Meines Erachtens ist das damnum vielmehr von einer Sachbeschädigung des Sklaven zu verstehen. Diese Auffassung tritt uns bereits entgegen Bas. 60, 21 cap. 51: οὐ μόνον τῆς ὕβρεως τῆς ἰδίας ἀλλὰ καὶ τῆς ζημίας, ἧς ὑπέστη ἐν τῷ σώματι τοῦ δούλου. Wir haben uns also vorzustellen eine Verbindung

der iniuriarum mit der actio legis Aquiliae. In ähnlicher Weise sind wir ja auch schon begegnet der δίκη βλάβης neben δίκη αἰκείας und γραφὴ ὕβρεως: siehe Erkl. 93 unter 23.

6. In Anlehnung an Ulp. fr. 15 § 43 de ini. 47, 10 wirft Schott, Gewähren des Rechtsschutzes S. 113 flg. die Frage auf: wie der Gegensatz sine causae cognitione iudicium in eum competit und non aliter competit quam causa cognita zu verstehen sei. Der Sinn des sine causa cognitione . . competit sei nicht: die denegatio darf nicht stattfinden, sondern vielmehr: muß nicht stattfinden.

Mir kommt das competit nicht bloß das eine Mal sondern beide Male verdächtig vor. Und da die Interpolation häufig eine gewisse Ungenauigkeit und Unklarheit zurückläßt, möchte ich es vorziehen, die von Schott gestellte Frage auf das Edikt selber zu übertragen, wie es uns von Lenel dargeboten wird. Hier haben wir vielmehr den Gegensatz von iudicium dabo und causa cognita iudicium dabo.

Zunächst bedarf dieser Gegensatz in Anlehnung an Gajus einer schärferen Fassung. Das iudicium dabo schlechthin kann nur von solchen Fällen verstanden werden, für die eine Formel vom Prätor bereits verkündet war. Denn wenn es überhaupt noch an einer solchen Formel fehlte und dieselbe erst erteilt werden mußte, versteht sich die causae cognitio von selber.

Weiter wäre zu beachten, daß eine solche Prüfung aller Wahrscheinlichkeit nach in einem Vortermine stattzufinden hatte, welcher der Abhaltung des rerum actus voraufging. Das ist allerdings ein Punkt, der noch näherer Erörterung bedarf und auf den ich gelegentlich zurückkommen werde.

Von diesem Standpunkte aus wäre dann die Sachlage folgende. Wenn ein Klagenwollender bei Beginn eines rerum actus eine Formel verlangt hätte, die vom Prätor verkündet und durch ein iudicium dabo schlechthin zugesagt war: konnte der Prätor eine solche Formel ohne allen Grund versagen? Mir will dies doch als ein Verstoß gegen die Rechtsordnung erscheinen.

Andererseits dürfen wir die Sache aber auch nicht auf die Spitze treiben, als ob die Regel niemals eine Ausnahme geduldet hätte. Dem Prätor mochten gute Gründe zur Seite stehen, die ihn veranlaßten die Formel zu versagen. Dem nec temere petenti datur bei Gajus entsprechend ließe sich auch wohl hier rechtfertigen ein nec temere petenti denegatur.

Eine ähnliche Ansicht hat bereits entwickelt Mommsen, Röm. Strafrt. S. 789. 790.

Dieses nec temere würde sich ferner wohl gleichfalls vertragen mit der Bestimmung der lex Cornelia vom Jahre 687/67 bei Asc. (Kießling und Schöll) S. 52: ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent: als wäre noch hinzugefügt: nec temere aliter ius dicerent. Und was hier verordnet, ist vielleicht gar kein neues Recht, sondern ein Satz, den man bis dahin für selbstverständlich gehalten hatte, den man nur erhalten und befestigen wollte.

Paul Krüger, Quellen² S. 34 bezweifelt, daß dieses Gesetz 'für die Prätoren in Rom bis zur Hadrianischen Redaktion gegolten hätte'.

Es mögen und werden vor diesem Gesetze wie nach diesem Gesetze Verstöße vorgekommen sein, damit wäre aber der in Frage stehende Satz noch nicht aufgehoben.

96. Ein neues Verfahren. III, 224.

Gajus schildert uns ein Verfahren, wie es seinerzeit üblich war: sed nunc alio iure utimur. Dem Klagenwollenden wird vom Prätor erlaubt, die Beleidigung in Geld abzuschätzen. Der Richter verurteilt dann in diese Summe oder in eine geringere, wie es ihm gut scheint.

1. Da es sich um ein erst noch zu erlaubendes Verfahren handelt, mußte dasselbe besonders erbeten werden. Dies wird vermutlich in einem Vortermine geschehen sein. Dabei mag man von einer Schätzung des Klägers zunächst Abstand genommen und der Prätor sich auf Erteilung der Erlaubnis beschränkt haben.

2. Ein erst noch zu erlaubendes Verfahren setzt ein anderes voraus, das keiner besondern Erlaubnis bedurfte. Was mag das für ein Verfahren gewesen sein? Wenn wir uns lediglich an Gajus halten, so entspricht dem alio iure ein Verfahren mit festen Taxen. Dieses wurde ja aber nach Gell. n. a. 20, 1 § 13 längst ergänzt bzw. abgelöst durch das Edikt der Prätoren: iniuriis aestumandis recuperatores se daturos.

Man scheint sich nun die Sache vielfach so vorgestellt zu haben, als ob in unserer Stelle das Rekuperatorengericht gemeint sei. Das ist aber gar nicht möglich: denn eine Schätzung durch Rekuperatoren ist doch etwas anderes als eine Schätzung des Klägers.

Und wenn wir nun weiter annehmen, daß im Edikte des Prätors nicht bloß das Rekuperatorengericht seinen Platz fand, sondern daneben noch unser Verfahren gestattet war — wie ja auch Lenel, Edikt² S. 384 beides nebeneinanderstellt — so erhalten wir einen ganz andern Gegensatz. Dann hätte die vom Kläger zu bewirkende Abschätzung dazu gedient, das Rekuperatorengericht beiseite zu schieben.

3. Der Verheißung eines iudicium recuperatorium liegt im allgemeinen die Absicht zugrunde, dem Klagenwollenden 'eine Begünstigung zu gewähren, insbesondere eine rasche Durchsetzung des Klaganspruchs zu ermöglichen': siehe Wlassak, Röm. Pr.ges. Bd. 2 S. 310. 311.

Hier finden wir nun, daß ein Klagenwollender ein iudicium recuperatorium verschmäht und ein anderes Verfahren verlangt: wie mag sich das erklären?

Wlassak begründet allgemein: 'Verzichtete der Kläger auf diesen Vorteil, so hatte der Prätor keinen Anlaß, ihm das strengere Ausnahmegricht aufzuzwingen'.

Im vorliegenden Falle dürfte die Sachlage aber doch eine etwas andere sein.

Sind nämlich meine Ausführungen Erkl. 93 unter 7 flg. richtig, so beschränkte sich die Tätigkeit der Rekuperatoren auf das aestimare, das Abschätzen der Beleidigung; über die

Schuldfrage hatte ein iudex zu entscheiden. Wir haben demnach zwei Formeln nötig: eine für die Rekuperatoren und eine für den iudex. Die Schätzung wird voraufgegangen sein; der verurteilende Richter war aber an die Taxe gebunden, welche die Rekuperatoren abgegeben hatten.

Beim neuen Verfahren haben wir die Taxe des Klagenwollenden, die ein besonderes Schätzungsverfahren überflüssig macht. An die Taxe ist aber der Richter nicht gebunden: er kann sie seiner Verurteilung zugrunde legen, aber auch in weniger verurteilen. So hat denn der Richter nicht bloß über das Obschuldig, sondern auch das Wieviel zu entscheiden. Damit wäre das doppelte Verfahren durch ein einfaches ersetzt worden.

4. Woher stammt dieses neue Verfahren?

In Bezug auf die Einführung der iniuriarum actio bemerkt Paulus sent. 5, 4 § 7: aut lege aut more aut mixto iure introducta est.

Das lege wird erläutert durch das Zwölftafelrecht, das mixto iure § 8 durch Hinweis auf die lex Cornelia.

In Bezug auf den dritten Entstehungsgrund heißt es § 7: Moribus, quotiens factum pro qualitate sui arbitrio iudicis aestimatur, congruentis poenae supplicio uindicatur.

Mit arbitrio iudicis soll wohl das neue Verfahren gemeint sein. Zur Not könnte man vielleicht darunter die Rekuperatoren mit begreifen. Näher liegt jedenfalls die einschränkende Erklärung, zumal auch Gajus sich um die Rekuperatoren nicht kümmert.

Unter more, moribus versteht Mommsen, Röm. Strafrt. S. 785: 'das Herkommen und was dasselbe ist, die prätorische Gerichtsordnung'. In ähnlicher Weise spricht Mitteis, Röm. Priv.rt. Bd. 1 S. 54 Anm. 32 von einer prätorischen Schöpfung. Und schon Cic. de inu. 2, 22 § 67 überweist den größten Teil des prätorischen Ediktes dem Gewohnheitsrechte: quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt.

Damit sind wir aber noch nicht notwendig beim Ausgangspunkte angelangt. Die Klagen, welche der römische Prätor neu einführte, brauchten gar nicht seine eigne Schöpfung zu sein; sie konnten sich in dem weiten römischen Reiche irgendwo schon längst entwickelt haben. Und wenn der Prätor in unserm Falle den Römern eine Beleidigungsklage mit klägerischer Schätzung gestattete, so mochte ihn dabei ein Streben nach Prozeßeinheitlichkeit geleitet haben: indem er den Römern ein Verfahren zugänglich machte, das in der Fremde längst geübt wurde.

5. Nun bietet uns Pap. Hal. 1 Zle 210—213 ein Verfahren wegen ὕβρις dar, das eine auffallende Aehnlichkeit mit dem Verfahren bei Gajus hat. Nur daß hier das Verfahren nicht erst von einer Erlaubnis abhängig gemacht ist, sondern als das ohne weiteres gegebene erscheint.

Der Text lautet mit den Ergänzungen der Herausgeber:

Ὕβρεως.

Ἐάν τις καθυβρίσηι ἕτερος ἑτέρου τ⟨ῶ⟩ν ἀγράφων, ὁ τα⟨λαιπωρού⟩[211] μενος τιμησάμενος δικασάσθω . .[212] ὁ δ⟨ὲ⟩ ὀφλὼν διπλοῦν ἀπ⟨οτεισάτω⟩[213], ὃ ἂν τὸ δικαστήριον τιμήσηι.

Beleidigungen.

Wenn einer den andern beleidigt hat durch Handlungen, die im Gesetze nicht vorgesehen sind, so soll der Beleidigte, nachdem er geschätzt hat, sich Recht sprechen lassen. Der Verurteilte aber soll den doppelten Betrag dessen zahlen, was das Gericht geschätzt hat.

Es entspricht das τιμησάμενος dem nobis iniuriam aestimare. Das ὃ ἂν τὸ δικαστήριον τιμήσηι wird etwas deutlicher bei Gajus umschrieben mit: iudex uel tanti condemnat, quanti nos aestimauerimus, uel minoris, prout illi uisum fuerit. Ein sachlicher Unterschied ist jedenfalls insofern nicht vorhanden, als sich von selbst versteht, daß der Kläger eine höhere Taxe als seine eigene nicht beanspruchen konnte. Wenn der Verurteilte nach griechischem Rechte gleichwohl das Doppelte zahlen muß, so wird das Strafe sein für leichtsinniges Pro-

zessieren: dafür, daß er sich nicht bei der Taxe des Gerichts beruhigte und diese gutwillig zahlte. Die Römer haben diesen Fall, so weit wir sehen, dem lis infitiando crescit in duplum nicht unterstellt: vgl. Keller, Röm. Ziv.proz.[6] S. 290 flg.

6. In der von mir zunächst gelassenen Lücke heißt es Pap. Hal. 1 Zle 211. 212: προςγρα(ψά)σθω δὲ ὀνομαστί, τ(ί ἂν φῆ:) [212] ὑβρισθ(ῆ)ναι, καὶ τὸν χρόνον, ἐν ὧι ὑβρίσθη. Er (der Beleidigte) soll aber in der Klageschrift ausdrücklich angeben, in welcher Weise er behauptet beleidigt zu sein, und die Zeit, zu der die Beleidigung geschah.

Zur Vergleichung ist bereits von Partsch S. 61 herangezogen Paul. Coll. 2, 6 § 1: Qui autem iniuriarum . . agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit.

Aber auch Gajus steht damit nicht in Widerspruch. Denn wenn nicht bloß der Kläger schätzen soll, sondern auch dem Richter freie Schätzung überlassen wurde, prout illi uisum fuerit: so müssen die Tatsachen angegeben sein, welche für die Schätzung in Betracht kommen.

Bei Paulus verdient besondere Beachtung die § 3 hinzugefügte Erläuterung: demonstrat autem hoc loco praetor non uocem agentis, sed qualem formulam edat. Das paßt sich genau an dem προςγραφάσθω δὲ ὀνομαστί.

Ferner wäre nicht außer Acht zu lassen, daß sich die klägerische Abschätzung bei der δίκη αἰκείας ebenfalls findet: siehe Hitzig S. 14; Lipsius S. 644.

7. So dürfte denn wohl die Behauptung, daß wir in der Klage mit klägerischer Abschätzung eine Nachbildung griechischen Rechtes vor uns haben, nicht allzugewagt erscheinen. Und wenn der Prätor die Erlaubnis zu einer solchen Klage ausdrücklich verhieß, so mag das zugleich eine Bestätigung für solche Provinzen bedeuten, wo sich bereits griechisches Recht festgesetzt hatte.

Daß das prätorische Recht sich nicht auf Rom beschränkte, sondern seine Wirkung sich auf die Provinzen mit erstreckte: ist nicht füglich zu bezweifeln. Ein Beispiel bietet dar Cicero für seine Provinz Cilicien. Er schreibt ad Att. 6, 1 § 15:

Tertium de reliquo iure dicundo ἄγραφον reliqui. Dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accomodaturum.

Andererseits hatten die Statthalter zu bestimmen: wie weit das fremde, nichtrömische Recht zur Anwendung kommen solle. So heißt es bei Cic. a. a. O.: ut Graeci inter se disceptent suis legibus. Eine ähnliche Bestimmung enthielt die Gerichtsverfassung für Sizilien. Es heißt Cic. in Verr. II, 2, 13 § 32: Siculi hoc iure sunt, ut, quod ciuis cum ciue agat, domi certet suis legibus. Vgl. Rechtsgel. Gajus S. 129.

8. Ich sagte unter 4: Bei Aufnahme der Beleidigungsklage mit klägerischer Abschätzung in sein Edikt mochte den Prätor gleichzeitig das Streben geleitet haben, ein einheitliches Prozeßrecht herzustellen. Bei andern Privatdelikten ging man in dieser Beziehung anders zu Werke.

Wenn ein Fremder wegen furtum klagte oder belangt wurde, so konnte er nach IV, 37 als römischer Bürger fingiert werden. Ebenso verhielt es sich mit der actio ex lege Aquilia. Dadurch war für Römer unter einander wie zwischen Römern und Fremden derselbe Rechtszustand geschaffen.

Hier trug also das römische Recht über das fremde den Sieg davon. Dagegen bei der Beleidigungsklage mit klägerischer Schätzung hat sich das fremde Recht neben dem römischen behauptet, indem diese Klage dem Klagenwollenden ebenfalls gestattet wurde. Und diese Gestattung mag tatsächlich in weitem Umfange einer Alleingeltung gleichgekommen sein. Bemerkenswert in dieser Beziehung, daß Gajus sich um das Rekuperatorengericht gar nicht kümmert: siehe schon Erkl. 93 unter 12. Und ebenso verhält es sich mit Paul. sent. 5, 4 § 7.

Die Beispiele für Herbeiführung einer Prozeßeinheitlichkeit, auf die wir hier gestoßen, sind nicht die einzigen in ihrer Art, es scheint sich vielmehr um einen Grundzug römischer Rechtsentwicklung zu handeln: vgl. z. B. Wenger, Rtshist. Papyrusstudien S. 94.

9. Es fehlt nicht an Anhaltspunkten dafür, daß Gajus in einer griechischen Provinz lebte und wirkte: vgl. Rechtsgel. Gaj. S. 9 flg. Als Anhänger dieser Meinung mag noch erwähnt werden Manigk, welcher in seinem Pfandrechte Untersuchungen S. 96 behauptet: 'Nach unserer Annahme ist Gajus jedenfalls nicht erst griechisch geworden, sondern immer gewesen'.

Daß sich mit dieser Ansicht meine Vermutung betr. die Beleidigungsklage mit klägerischer Abschätzung sehr gut vertragen würde, leuchtet von selber ein.

Die Entwicklung hätten wir uns etwa so zu denken. In griechischen Provinzen erhielt sich zunächst diese Klage, sofern sich Grieche nnd Grieche einander gegenüberstanden; wird dann aber auch Eingang gefunden haben, nicht bloß wenn ein Teil sondern beide Römer waren. Der Prätor unterstützte diese Ausdehnung des Verfahrens durch sein permittam, das auch über Rom hinaus Bedeutung gehabt haben wird.

97. Die Beleidigungsklage mit klägerischer Abschätzung in ihrem Verhältnis zum römischen uadimonium. III, 224.

Der Prätor erlaubte die Beleidigungsklage mit klägerischer Abschätzung. Dabei wird in erster Linie an Rechtsstreitigkeiten römischer Bürger zu denken sein. Solche Streitigkeiten waren nach römischem Prozeßrecht zu erledigen. Hier scheinen nun die Grundsätze, welche für das uadimonium in Betracht kamen, Schwierigkeiten bereitet zu haben.

Auch das uadimonium konnte zu einer Schätzung Veranlassung geben. Bei actio iudicati und depensi war der Betrag nach Gajus so hoch wie die Forderung. In anderen Fällen mußte der Kläger sein Interesse beschwören, dasselbe durfte aber den halben Wert des Streitgegenstandes nicht überschreiten: IV, 186.

Es entsteht die Frage: soll bei unserer Beleidigungsklage die klägerische Abschätzung gleichzeitig für das uadimonium maßgebend sein? Auf diese Weise wäre es dem Kläger möglich

gemacht, noch vor entschiedener Sache durch hohe Abschätzung einen Druck auf den Beklagten auszuüben. Hiergegen sehen wir nun den Prätor einschreiten: er machte die Anstellung der Klage von seiner Erlaubnis abhängig. Im übrigen wäre etwa zu vergleichen Ulp. fr. 1 §§ 9. 10 de stip. praet. 46, 5.

1. Das permittitur weist hin auf einen Vortermin. Ob ein Antrag des Klagenwollenden genügte, oder ob beide Teile erscheinen mußten? Das uadimonium ist eine zwischen den Parteien abgeschlossene Stipulation. Die Möglichkeit eines uadimonium weist jedenfalls darauf hin, daß beide Teile erscheinen konnten, und auf diesen Fall will ich mich beschränken.

2. Ueber das weitere Verfahren stehen uns zwei Nachrichten zu Gebote: außer unserer Gajusstelle noch Paul. Coll. 2, 6 § 1. Aber beide Nachrichten stimmen nicht völlig mit einander überein. Ich habe darauf schon hingewiesen Rechtsgel. Gajus S. 133. Während Gajus sich anlangend das Eingreifen des Prätors auf die schwere Beleidigung beschränkt und uns mitteilt, wie es in der Praxis gehalten wurde; spricht Paulus allgemein von Beleidigung und enthält schon eine Vorschrift für den Kläger. Ich erklärte dieses Auseinandergehen beider Nachrichten durch Annahme einer Rechtsänderung, die inzwischen eingetreten sein müsse: vielleicht herbeigeführt durch das Julianische Edikt, das Gajus wie anderswo unberücksichtigt ließ.

3. Zunächst wende ich mich der Gajusstelle zu.

Bei schweren Beleidigungen, die häufig Spuren hinterließen, pflegte der Prätor Augenschein einzunehmen und damit zugleich eine Abschätzung zu verbinden. Aus solcher Veranlassung war er selbst in den Ferien dem Publikum zugänglich. Ulp. fr. 2 de feriis 2, 12: ut aspectu atrox iniuria aestimetur; fr. 3 pr. ebenda: Solet etiam messis uindemiarumque tempore ius dici . . iniuriarum atrocium.

Diesen Betrag brauchte man nur zu halbieren und hatte dann gleich den Höchstbetrag für das Vadimonum: si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat uadimonium.

Damit war also, wenn beide Teile zugegen, die Sache schon reif zur Eingehung eines auf eine bestimmte Summe lautenden Vadimoniums. Der Beklagte versprach dem Kläger, daß er sich an einem bestimmten Tage beim Prätor wieder einstellen werde — Gai. IV, 184: ut promittat se certo die sisti — und für den Fall seines Ausbleibens eine Straffumme.

Die Bedingung si simul constituerit usw. zeigt darauf hin, daß die Ausbedingung einer bestimmten Straffumme nicht gerade nötig war: vgl. Lenel, Ed.² S. 495.

So hätten wir es denn bei Gajus mit zwei Taxen zu tun, einer klägerischen und einer prätorischen, die beide auseinandergehen konnten. Man sieht: die neue Klage mit klägerischer Abschätzung ist ein Fremdkörper, der zum alten Vadimonium nicht recht passen will.

Die prätorische Schätzung bildet die Grundlage für das Vadimonium. Somit bestätigen beide Teile diese Schätzung: hac ipsa quantitate taxamur. Damit will sich nun eine sonstige etwa voraufgegangene klägerische Schätzung nicht recht vertragen: denn der Kläger hätte ja schließlich sich doch die Taxe des Prätors gefallen lassen müssen.

4. Der Gegensatz, um den es sich hier handelt, dürfte deutlicher in die Augen fallen, wenn es uns gelingen sollte, die Formeln ausfindig zu machen, die dem Gajus vorgeschwebt oder vorgelegen haben mögen. Und in dieser Beziehung haben wir wohl nur nötig, in möglichst engem Anschluß an die uns überlieferten Worte zu Werke zu gehen.

Die Formel bei einfacher klägerischer Schätzung wird etwa gelautet haben:

Quod A° A° mala pugno percussa est a N° N°, quanti A^s A^s iniuriam aestimauerit uel minoris, prout iudici uisum fuerit, tanti iudex N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

Bei prätorischer Schätzung hätten wir etwa folgende Formel anzunehmen:

Quod A^s A^s a N° N° uulneratus est, quantae pecuniae iniuriam praetor aestimauerit uel minoris, prout iudici

uisum fuerit, tantae pecuniae iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Es ist ausdrücklich gesagt, daß der Richter auch unter die Taxe des Prätors heruntergehen dürfe. Dieser Umstand spricht dafür, daß das uel minoris in der Formel mit prätorischer Schätzung wiederholt wurde. Denn wo hätte sonst der Richter die Befugnis hernehmen sollen, sich über die Taxe des Prätors hinwegzusetzen? Tatsächlich war es aber nicht Sitte, daß der Richter in dieser Weise zu Werke ging: plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.

5. Paul. Coll. 2, 6 § 1 bringt uns einen Satz aus dem Julianschen Edikt, der so lautet:

Qui autem iniuriarum agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem quam quanti uadimonium fuerit.

Anstoß hat erregt non minorem. Huschke, Gajus S. 137 ersetzt es durch non maiorem. Ihm folgt Lenel, Ed.[2] S. 384 Anm. 13. Mommsen, Röm. Strafrt. S. 803 Anm. 3, und andere halten fest am handschriftlichen non minorem.

Lenel macht geltend: 'da keinerlei Grund zu ersehen ist, um deswillen der Prätor dem Kläger hätte verbieten sollen, in der Taxation herunter zu gehen'. Und Mommsens Ausführung hat ihn nicht 'überzeugt'.

Meines Erachtens handelt es sich hier allerdings um einen Befehl an den Kläger, wie er die Formel abzufassen und dann dem Beklagten zu überreichen habe; es ist ja § 3 ausdrücklich die Rede von einem qualem formulam edat. Vgl. Erkl. 66, II, 7a. Aber dieser Befehl geht mehr den Richter an als den Kläger. Die die Intentio vertretende Schätzung soll sich einerseits beschränken auf quantae pecuniae iniuriam praetor aestimauerit. Darüber darf der Richter nicht hinausgehen. Andererseits ist ihm gestattet, unter die Taxe herabzugehen: uel minoris, prout iudici uisum fuerit. In dieser Beziehung

ist dem Richter nun ebenfalls eine Schranke gesetzt worden: taxationem ponat non minorem quam quanti uadimonium fuerit. Wir werden also diese Taxe dem prout iudici uisum fuerit noch mit einem dumtaxat HS . . anzufügen haben.

Das Juliansche Edikt hat hier eine Rechtsänderung vorgenommen. Nach Gajus war der Richter an die vom Prätor hinsichtlich der Beleidigung abgegebene Taxe insofern gebunden, als er nicht in mehr verurteilen durfte. Dagegen stand es ihm zu, unter die Taxe herunterzugehen; er wagte dies aber nicht propter ipsius praetoris auctoritatem.

Ob solche Wagnisse im Laufe der Zeit dann doch nicht ausgeblieben sind? Jedenfalls ist nach Paulus im Julianschen Edikt auch nach unten zu eine Begrenzung vorgenommen, die der Richter nicht überschreiten darf, indem man auf die Vadimoniumsumme zurückging: quanti uadimonium fuerit. Die rührte schließlich ebenfalls vom Prätor her: denn mit der Schätzung der Beleidigung war zugleich die Vadimoniumsumme und mit der Vadimoniumsumme zugleich eine Schätzung der Beleidigung gegeben. Zwischen beiden Schätzungen sollte sich das Ermessen des Richters noch bewegen können; und da die eine so gut wie die andere prätorisch, wurde insofern auch bei der Abminderung auf den Prätor immer noch Rücksicht genommen.

So ist wohl das Verhältnis von Paulus und Gajus aufzufassen. Möglich bliebe freilich daneben, daß die Vadimoniumsumme im Julianschen Edikte der Abschätzungssumme für die Beleidigung gleichgesetzt wäre.

6. Als dritte Stelle gehört in diesen Zusammenhang Ulp. Coll. 2, 2 § 1: Iniuria, si quidem atrox, id est graui rerum, non sine iudicis arbitrio aestimatur; atrocem autem aestimare solere praetorem idque colligi ex facto, ut puta si uerberatus uel uulneratus quis fuerit.

Die Stelle ist offenbar fehlerhaft überliefert.

Statt graui rerum, welches cod. Berol. hat, bringen Vercellensis und Vindobonensis: grauis est. Vermutlich wird graui rerum, das S c h u l t i n g ersetzt hat durch grauis

rerum, dem wirklichen Texte näher stehen als grauis est. Vielleicht ist zu lesen grauiorum.

Die Hauptschwierigkeit besteht aber darin, daß die atrox iniuria beide Male ganz verschieden behandelt wird. Mommsen schreibt: id est grauis. non est, sine. Allein schon Wlassak, Röm. Pr.ges. Bd. 2 S. 315 Anm. 39 bemerkt mit Recht: 'meines Erachtens ist das überlieferte non vor sine unentbehrlich'. Huschke schiebt ein zweites non ein, indem er setzt: grauis non sit, non sine. Ihm schließt sich an Kr. bei Ulp. de iniuriis S. 38, nur daß es hier heißt: grauis non est, non sine. Und wie Kr. verfährt Girard, Textes[4] S. 574.

Die verschiedenartige Behandlung der atrox iniuria muß auf alle Fälle beseitigt werden. Vielleicht ist atrox id est als Glosse zu streichen. Dann erhielten wir folgenden Anfang: Iniuria, si quidem grauiorum, non sine iudicis arbitrio aestimatur. Sachlich wäre gleichbedeutend: Iniuria, si quidem grauis est usw.

Ein anderer Ausweg: man läßt atrox id est unbeanstandet, ändert aber das folgende atrocem in atrociorem.

Danach müßten wir drei Arten der Beleidigung unterscheiden: die ganz schlimme iniuria atrox, bzw. atrocior, hier schätzte der Prätor; die weniger schlimme, grauior, grauis, hier schätzte der Richter; die leichte, hier schätzte der Klagenwollende.

Ob eine leichte Beleidigung vorlag, dafür wird zunächst maßgebend gewesen sein, was der Kläger forderte. War er mit einer Kleinigkeit zufrieden, so wird kein weiteres Schätzungsverfahren nötig gewesen sein. Es konnte also sofort die bestimmte Summe in die Formel gesetzt werden.

7. Diesem allem zufolge wäre die Beleidigungsklage mit klägerischer Abschätzung ein Fremdkörper, den man bemüht war dem Vadimonium anzupassen. Bei diesem Vadimonium wird zweifellos vorausgesetzt eine römische Einrichtung.

98. Fortsetzung. Das Vadimonium, ob nachweisbar im griechischen Recht?

Das römischrechtliche Vadimonium ist uns nur in trümmerhafter Gestalt überliefert und bietet eine Reihe von Lücken dar. Wenger in seinen Rechtshist. Papyrusstudien S. 61 flg. hat nun den Versuch gemacht, diese Lücken durch griechische Urkunden aus Aegypten zu ergänzen. Ihm sind gefolgt Mitteis, Grundzüge S. 35 und Steinwenter, Versäumnisverfahren S. 164. Lenel, Ed.[2] S. 81 Anm. 4 hält einzelne von Wenger aufgestellte Sätze für 'einleuchtend' bzw. 'wahrscheinlich', verwirft aber Ed.[2] S. 495 Anm. 10 insofern die Beweiskraft dieser 'Urkunden aus der griechisch-ägyptischen Praxis' als sie 'uns gewiß kein zuverlässiges Bild von den Formularen des Albums geben'.

Ich habe mich schon einmal zu III, 78 mit dem Vadimonium beschäftigt: siehe Bd. 3 Abt. 1 S. 164 flg.; und werde zu IV, 184—187 darauf zurückkommen müssen. Hier mag es genügen, den Wengerschen Standpunkt einer Prüfung zu unterziehen.

Wenn die Beleidigungsklage mit klägerischer Abschätzung griechischen Ursprunges sein sollte und andererseits das römische Vadimonium hier Schwierigkeiten bereitete, so möchte man meinen: daß die Fortleitung des Verfahrens nach griechischem Rechte in anderer Weise hätte geschehen müssen. Allem Anscheine nach kennt denn auch das attische Recht gar kein Vadimonium: siehe Lipsius S. 229. 840. 901 flg. Und Mitteis gibt wenigstens hinsichtlich des Vadimonium für das griechische Recht in Aegypten zu: daß dies nicht die Regel gebildet zu haben scheint.

1. Den Hauptbeweis glaubt Wenger führen zu können durch Pap. Oxyrh. II, 260 = Mitteis, Chrest. 74 vom 9. Epeiph = 3. Juli 59 n. Chr.

Antiphanes, Sohn des Ammonius, schwört beim Kaiser Nero, bis zum 30. Epeiph = 24. Juli, also binnen 21 Tagen, vor dem Tribunal, βῆμα, des Erzrichters Sarapion in Alexandrien

zu erscheinen und dort Gerichtsfolge zu leisten, bis zur Erledigung der Sache.

Der Gegner Antiphanes, Sohn des Heraklas, gibt dieselbe Erklärung ab.

Ὀμνύω Νέρωνα. Den Akkusativ erklärt Hirzel, Eid S. 155 Anm. 2 für eine Ellipse, indem etwa zu ergänzen wäre μαρτυρόμενος.

Gerichtet ist die eidliche Erklärung an das Bureau des Strategen vom Gau Oxyrhynchus.

Unsere Urkunde nennt sich ein ἀντίγραφον. Diese Abschrift wurde mit der Urschrift verglichen und beglaubigt: Θέων Ὀννώφριος ὑπηρέτης ἐπηκολούθηκα τῆι αὐθεντικῆι χιρογραφίᾳ. Der ὑπηρέτης war ein Hilfsbeamter, der zu verschiedenen Geschäften verwandt wurde: siehe Mitteis, Grundzüge S. 30 flg. Zu ἐπακολουθεῖν vgl. Wenger S. 5; Mitteis S. 250. Grenfell und Hunt übersetzen: I . . . have checked.

Der Eid wird in folgender Weise eingeleitet: εἶ μὴν κατὰ τὰ συμφωνηθέντα ἐμοὶ καὶ Ἀντιφάνει Ἡρακλᾶτος ἐξ ἧς ἐποιησάμεθα πρὸς ἑαυτοὺς ἐπὶ τοῦ στρατηγοῦ Τιβερίου Κλαυδίου Ἀμμωνίου ἀντικαταστάσεως.

Es folgt unmittelbar am Schlusse: ἔσασθαι ἐμφανῆ, τῷ Σαραπίωνος ἀρχιδικαστοῦ βήματι ἐπ' Ἀλεξανδρείας ἕως τριακάδος τοῦ ἐνεστῶτος μηνὸς Ἐπείφ, καὶ προσκαρτερήσειν μέχρι οὗ ἃ ἔχομεν πρὸς ἑαυτοὺς ἐγβιβασθῆι. Es werden mithin zwei Termine festgesetzt: ein bestimmter Tag, bis wann die Parteien spätestens zu erscheinen haben; und ein unbestimmter Termin bis zur Beendigung der Sache.

Nach Wenger soll die eidliche, an die Behörde gerichtete Erklärung erfolgt sein 'mit Rücksicht auf das zwischen beiden Parteien in der kontradiktorischen (zweiseitigen) Verhandlung vor dem Strategen bereits getroffene Uebereinkommen'. 'Prinzipal ist das zwischen den Parteien (vermutlich in Stipulationsform) abgeschlossene und schriftlich aufgezeichnete Uebereinkommen, vor dem Erzrichter von Alexandrien an einem bestimmten Tage zu erscheinen. Accessorisch tritt hinzu die uns

vorliegende eidliche Bekräftigung, aufgenommen vor dem das Vadimonium anordnenden Magistrate, bzw. in dessen Kanzlei'.

Wenger gibt τὰ συμφωνηθέντα wieder mit 'Uebereinkommen' und nennt das einen farblosen Ausdruck. Der Ausdruck ist aber gar nicht so farblos. Denn mit Uebereinkommen ist schon der Vertragsbegriff gegeben, und als solcher wird uns auch alsbald die Stipulation vorgeführt.

Indessen συμφωνεῖν bedeutet an sich nur: zusammenstimmen, übereinstimmen; τὰ συμφωνηθέντα ist demnach der Gegenstand der Uebereinstimmung. Das braucht aber noch lange kein Vertrag zu sein. Grenfell und Hunt übersetzen mit agreement.

Die Uebereinstimmung wird sich beziehen auf das ἔσασθαι ἐμφανῆ usw., das Erscheinen vor dem Erzrichter Sarapion in Alexandria usw., wie ich Wenger bereitwillig zugebe.

Veranlaßt ist die Uebereinstimmung durch den Streitfall: ἐξ ἧς . . ἀντικαταστάσεως; wörtlich: durch die Entgegenstellung, die beide Teile gegen sich beim Strategen vornahmen. Das haben wir zu verstehen von einer kontradiktorischen Verhandlung, wie schon Wenger mit Recht annimmt; und dementsprechend übersetzen auch Grenfell und Hunt: in consequence of our confronting each other before the strategus.

Also die Parteien stimmen schon beim Strategen dahin überein: bis wann sie beim Erzrichter erscheinen werden; sind sich auch einig über die Streitpunkte und wollen bis zu deren Erledigung ausharren. In welcher Weise mag nun diese Uebereinstimmung bewirkt sein?

Die Eide werden von beiden Teilen dem Bureau des Strategen geleistet. Die Parteien leisten sich nicht gegenseitig den Eid. Die Uebereinstimmung wird dadurch erreicht, daß beide Teile denselben Eid leisten. In der von Grenfell und Hunt veröffentlichten Erklärung heißt es Zle 7. 8: τὰ συμφωνηθέντα ἐμοὶ καὶ Ἀντιφάνει Ἡρακλᾶτος, dem wird in der andern Erklärung entsprochen haben: ἐμοὶ καὶ Ἀντιφάνει Ἀμμωνίου.

Nun wäre wohl nichts einzuwenden, wenn man die Mög-

lichkeit annähme: die Uebereinstimmung, τὰ συμφωνηθέντα, beim Strategen sei in gleicher Weise zustande gekommen. Der Stratege hat zwischen beiden Teilen eine Uebereinstimmung zustande gebracht, daß er sich von ihnen dasselbe versprechen ließ, nämlich: bis zu einem bestimmten Tage vor dem Erzrichter zu erscheinen und dort die Streitsache zu erledigen. Diese beiden Versprechen, abgegeben dem Strategen, wären kein Vertrag, den beide Teile miteinander abgeschlossen hätten.

Einen ähnlichen Einwand hat Wenger sich auch schon selber gemacht. Er sagt S. 67: 'Die Erklärung in unserm Papyrus richtet sich aber an den Strategen, also an einen Magistrat. Damit scheint zunächst ein prinzipieller Widerspruch gegeben zu sein'.

Wenger glaubt diesem Einwande begegnen zu können durch einen Hinweis auf das uadimonium recuperatoribus suppositis und uadimonium iureiurando. Bei ersterem greife der Prätor insofern ein, als er 'eine Formel gab, in der Rekuperatoren ernannt wurden'. Und in Anknüpfung hieran wird behauptet: 'daß auch beim uadimonium iureiurando der Magistrat beteiligt war'.

Was wäre damit bewiesen, wenn man dies auch alles zugeben wollte?

Das Vadimonium war ein Stipulationsversprechen, also ein Vertrag. Daß dieser Vertrag zuweilen verstärkt wurde durch einen Eid, kann nicht weiter auffallen: ebensowenig, wenn der Eid vor dem Prätor erfolgte.

Andererseits begegnen wir in einem Papyrus aus Aegypten einer Uebereinstimmung, τὰ συμφωνηθέντα, des Strategen und der Parteien dahin: daß die Parteien bis zu einem bestimmten Tage vor dem Erzrichter erscheinen und ausharren wollen, bis die Streitsache erledigt sein werde.

Nun ist die Schlußfolgerung bei Wenger folgende. Das Vadimonium ist ein Vertrag, dieser Vertrag kann durch Eid bekräftigt werden. Andererseits wird τὰ συμφωνηθέντα durch Eid bekräftigt, mithin ist τὰ συμφωνηθέντα ein Vertrag.

Aber so sicher wie durch die beiden von den Parteien dem Bureau des Strategen gegenüber geleisteten übereinstimmenden Eide zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis begründet wurde, ist es auch nicht nötig, τὰ συμφωνηθέντα als ein Vertragsverhältnis aufzufassen. Wir brauchen hier ja nur denselben Hergang anzunehmen wie bei der Eidesabnahme: der Kläger verspricht sein Erscheinen und Verharren beim Erzrichter dem Strategen, ebenso verfährt der Beklagte. Dieses Verfahren halte ich sogar für das wahrscheinlichere. Die Möglichkeit eines nebenhergehenden Vertrages will ich allerdings nicht bestreiten.

2. Dann käme aber noch der Inhalt der Uebereinstimmung bzw. des Vertrages in Betracht.

Das Vadimonium ist nach Wenger S. 67 'eine zwischen den Parteien abgeschlossene Stipulation'. Das ist gleich etwas ungenau. Nach Gajus IV, 184 ist Vadimonium ein vom Beklagten dem Kläger in Stipulationsform abgegebenes Versprechen.

Bei τὰ συμφωνηθέντα haben wir es vielleicht, sogar wahrscheinlich mit zwei Versprechen zu tun, die von den Parteien dem Strategen gegeben wurden. Damit wäre dann gleich von Anfang an der große Gegensatz zwischen beiden Rechtsgebilden zutage getreten..

Beim Vadimonium versprach der Beklagte dem Kläger nach Gajus, an einem bestimmten Tage sich zu stellen: se certo die sisti.

Im Papyrus versprachen beide Teile, bis zu einem bestimmten Tage vor dem Erzrichter in Alexandria zu erscheinen: ἕως τριακάδος τοῦ ἐνεστῶτος μηνὸς Ἐπείφ. So stellt die Sache auch dar Wenger S. 65. Daraus ist dann aber S. 72 geworden ein 'Uebereinkommen, vor dem Erzrichter von Alexandrien an einem bestimmten Tage zu erscheinen'. Beides ist durchaus nicht dasselbe. Denn bei einem Zeitpunkte bis wann brauchten die Parteien nicht gerade bis zum letzten Augenblick zu warten.

Beim Vadimonium mußte auf den Fall des Nichterscheinens ordentlicherweise eine bestimmte Summe versprochen werden: siehe Lenel, Ed.[2] S. 495.

Von einer solchen Privatstrafe kann keine Rede sein, wo es sich um Gestellungsversprechen gegenüber von Amtspersonen handelt: vgl. Berger, Strafklauseln S. 207.

Ein wesentlicher Punkt ist ferner, daß das Vadimonium sich beschränkt auf einen einzigen Termin.

In unserer Urkunde wird noch besonders das Ausharren versprochen.

Bei Nichtbeobachtung des προςκαρτερεῖν konnte ein Versäumnisverfahren eingeleitet werden: siehe Steinwenter, S. 84 flg. Wohl nicht bloß gegen den Beklagten, sondern auch gegen den Kläger.

Das Versprechen 'auszuharren' verbindet sich nach klassischem Recht noch nicht mit dem Vadimonium.

Anders verhält es sich nach Justinianschem Recht. Hauptstelle I. I. IV, 11 § 2. Hier heißt es vom Beklagten: quod iudicio permaneat usque ad terminum litis, uel committitur suae promissioni cum iureiurando . . uel nudam promissionem uel satisdationem . . dare compellitur.

Nun tritt uns dasselbe Versprechen schon im Jahre 59 n. Chr. auf einem griechisch-ägyptischen Papyrus entgegen. Wie sollen wir uns das erklären? Ein Zusammenhang zwischen beiden Erscheinungen wäre sehr wohl möglich. Dann hätte aber schließlich das griechische Recht über das römische Vadimonium den Sieg davongetragen. Schon Wenger S. 66 Anm. 2 ergeht sich in ähnlichen Andeutungen, die freilich eine ältere umgekehrte Entwicklung durchaus nicht wahrscheinlicher machen dürften.

Das alles würde eine nähere Prüfung und weitere Untersuchung erfordern, auf die ich mich hier nicht einlassen kann.

3. Dazu könnte unsere Urkunde noch in anderer Beziehung anregen.

Die Sache gelangte vom Strategen bzw. dessen Bureau an den Erzrichter in Alexandria, dem es oblag, über die streitig gebliebenen Punkte abzuurteilen.

Worauf mag die Zuständigkeit des Erzrichters beruht haben? Pap. Oxy. 208 Zle 5 begegnen wir ebenfalls einem Ἀντιφάνης Ἀμμωνίου, vielleicht demselben wie in unserer Urkunde, und daneben einem συγχωροῦμεν. Hierauf gestützt, hält Schubart, Arch. Bd. 5 S. 69 Anm. 2 einen Zusammenhang dieses Verfahrens mit der συγχώρησις für wahrscheinlich.

Wie mag ferner die Ueberleitung der Sache an den Erzrichter geschehen sein?

Mitteis, nachdem er bemerkt, daß das Vadimonium in Aegypten nicht die Regel gebildet habe, fährt fort: 'überwiegend läuft die Sache darauf hinaus, daß der Stratege seine Tätigkeit einfach einstellt und es dem Beschwerten überläßt, den Statthalter anzurufen'.

Ob sich dies so auch nach unserer Urkunde verhielt?

Allerdings wird sich der Stratege vor allen Dingen mit Feststellung des Tatbestandes beschäftigt haben. Aber daneben schreibt er doch auch den Endpunkt für die weitere Verhandlung vor. Die Parteien begeben sich nicht von ungefähr zum Erzrichter. Hier schiebt sich als Mittelglied das Bureau des Strategen ein. Dasselbe nimmt beiden Teilen die Eide ab und wird vermutlich dem Erzrichter die Urkunde zugestellt haben. Grenfell und Hunt bemerken: The case had been referred to the ἀρχιδικαστής from the strategus of Oxyrhynchus — whether by order of the strategus or merely by mutual agreement of the litigants is not made clear.

4. Sodann beruft sich Wenger S. 81 auf Pap. BGU III, 891 R¹ aus dem Jahre 144 n. Chr.

In bezug auf diese zum Teil arg zerstörte Urkunde bemerkt indes Wenger S. 83 schon selber: 'es ist überhaupt fraglich, ob wir es hier mit einem kontradiktorischen Verfahren zu tun haben, und sehr zweifelhaft, ob wir eine vorhergehende

Stipulation oder doch ein Zerrbild einer solchen voraussetzen dürfen'.

'Eine weitere Urkunde des Inhalts, daß sich jemand verpflichtet, an einem bestimmten Termin vor einem bestimmten Gerichte zu gestellen': ist Wenger nicht bekannt geworden. Er glaubt aber auf Papyri hinweisen zu können, 'in denen auf derartige Gestellungsversprechen Bezug genommen wird'.

An der Spitze solcher Urkunden erscheint BGU II, 592, welche auf Grund der Schrift dem zweiten Jahrhundert n. Chr. überwiesen wird, zu der schon Mitteis, Hermes Bd. 32 S. 654 flg. zu vergleichen wäre. Col. II Zle 5 flg. schreibt ein Richter vor: Χειρογραφήσει ἀμφότερα τὰ μέρα (statt μέρη) ἐν ἡμέραις τριάκοντα γενέσθαι ἐπὶ τοῦ στρατηγοῦ, ὅπως λυθῇ ἡ διαθήκη καὶ γνωσθῶσι οἱ κληρονόμοι. Beide Teile sollen schriftlich versprechen, innerhalb dreißig Tagen beim Strategen zu erscheinen, damit das Testament eröffnet und die Erben erkannt würden. Hier ist es doch offenbar der Richter, welcher die Frist bestimmt; der sogar Zwangsmaßregeln in Aussicht stellt, falls die Frist nicht innegehalten würde: τὰ γενήματα ἐν μεσηγγυήματι ἔσται, es sollen die Früchte der Erbschaft beschlagnahmt werden.

Bei dieser Gelegenheit möchte ich beiläufig bemerken: daß auch das römische Recht ein Beispiel aufzuweisen hat, wo sich die Zwangsvollstreckung auf die Früchte beschränkte. Es ist dies die Besitzeinweisung Kaiser Antonins in das eigene Vermögen des Erben, von der es bei Ulp. fr. 5 § 16 ut in poss. 36. 4 heißt: inde fructus percepturos, quoad uoluntati defunctorum satisfiat. Ob hierbei ebenfalls umgekehrt griechisches Prozeßrecht auf römisches Prozeßrecht von Einfluß gewesen sein mag? Bisher ist noch nicht näher untersucht: ob und wiefern die römischen Besitzeinweisungen sich griechischen Vorbildern anlehnten. Hierauf macht aufmerksam Partsch, Z. R.G. Bd. 48 S. 343 bei Besprechung des Buches von Ramadier, Les effets de la missio in bona rei seruandae causa.

Außerdem beruft sich Wenger noch auf BGU I, 5 vom Jahre 138 n. Chr.; BGU II. 388 aus dem 2. oder 3. Jahrhundert; Lond. II S. 161 flg. aus den Jahren 270—275 n. Chr.; Lond. II S. 152 flg. = Mitteis, Chrest. 87 um 141 n. Chr. Da diese Urkunden aber immerhin nur mittelbaren Beweis erbringen würden und Wenger bei seiner Beweisführung sich im wesentlichen auf Vermutungen stützt, glaube ich von einer eingehenden Erörterung Abstand nehmen zu können.

5. Ich möchte indessen anreihen die Besprechung einer Urkunde, die Wenger bei seinen Rechtshist. Papyrusstudien noch nicht benutzen konnte. Es handelt sich um Pap. Hamb. 4, herausgegeben und erklärt von Paul M. Meyer, Gr. Papyrusurkunden der Hamb. Stadtbibliothek Bd. 1 S. 14 flg. Mit welcher Urkunde sich dann auch Mitteis, Z. R.G. Bd. 45 S. 341 beschäftigt hat.

Es liegt vor die Abschrift einer handschriftlichen Urschrift: Ἀντίγραφον χειρογραφίας.

Die Ueberschrift lautet: Dem βασιλικὸς γραμματεύς der Ἡρακλείδου μερίς mit Namen Nemesion der L. Vettius Epaphroditus.

Die genante μερίς war ein Teil des heutigen Faijûm: siehe wegen der Oertlichkeit Wilcken, Grundzüge S. 9.

Der βασιλικὸς γραμματεύς war dem Strategen als Haupt der Gauverwaltung unterstellt, 'seine rechte Hand': siehe Wilcken, Grundzüge S. 11. Insonderheit lag ihm dessen Vertretung ob: vgl. Biedermann, Studien zur ägyptischen Verwaltungsgeschichte: Der βασ. γραμμ. S. 100 flg. Diese Vertretung dauerte bei Amtsvakanz bis zum Antritte des Nachfolgers. Um eine Amtsvakanz scheint es sich hier zu handeln, wenigstens ist Zle 12. 13 von einem gewesenen Strategen die Rede: Κλαυδίωι Χάρητι στρατηγήσαντι.

In der Urkunde leistet Epaphroditus einen Eid beim Kaiser Domitian. Er kann aber nicht schreiben. Für ihn hat die Urkunde geschrieben Ἰσίδωρος νομογράφος. Unter dem νομογράφος haben wir uns nach Paul M. Meyer einen Urkunden-

schreiber vorzustellen, und zwar im zweiten nachchristlichen Jahrhundert 'einen konzessionierten öffentlichen Urkundsschreiber', während im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit die Aufsetzung der χειρογραφία durch den νομογράφος noch nicht obligatorisch war. Nach Mitteis, Grundzüge S. 57 Anm. 7 steht es mit dem Begriff des νομογράφος noch unklar. Vielleicht handelt es sich hier um einen νομογράφος. der das Urkundenschreiben gewerbemäßig betrieb, ohne Beamter zu sein. Die Unterschrift Ἐπαφρόδιτος mit der Angabe des Alters und den besondern Kennzeichen ist erfolgt διὰ Τεβούλου ὑπερέτου. Dazu scheint also die Befugnis des νομογράφος nicht ausgereicht zu haben.

Die Art und Weise der Beglaubigung verdient Beachtung. Durch die Unterschrift des Hilfsbeamten kann weiter nichts bezeugt sein, als daß Epaphroditus sich mit dem Inhalt der Urkunde einverstanden erklärte. Von Ableistung eines körperlichen Eides ist keine Rede, sie kann mithin ebensowenig bezeugt sein. Dann hätte die Beglaubigung auch ganz anders abgefaßt sein müssen, etwa in dieser Weise: Ich Hilfsbeamter soundso bezeuge hiermit, daß Epaphroditus, alt soundso, mit den und den Kennzeichen, einen Eid dahin abgeleistet hat usw.

Es handelt sich also gar nicht um eine körperliche Eidesleistung, sondern eine schriftliche Eideserklärung: die muß also wohl genügt haben. Jedenfalls werden viele andere Papyrusurkunden, die uns einen Eid bringen, auch nicht anders zu verstehen sein: so der vorhin besprochene Pap. Oxyrh. II, 260. Berührt hat die Frage bereits Wenger bei Gelegenheit einer Eidesformel BGU II, 581 vom Jahre 133 n. Chr. Zle 5 Ὀμνύω τὸν ἔθιμον Ῥωμαίων ὅρκον. Einer ähnlichen Eidesformel begegnen wir Pap. Ox. X, 1264 vom Jahre 272 n. Chr. Zle 18. 19 ὀμνύω τὸν ἔθιμον Ῥωμαίοις ὅρκον. Wenger bemerkt Z. R.G. Bd. 36 S. 253: 'In Aegypten wurde gewiß jeder Eid auch niedergeschrieben, ob es aber auch vorkam, daß ein Eid nur niedergeschrieben, nicht auch gesprochen wurde, mag nach dem Gesagten noch dahinstehen, wenn ich auch, namentlich was die späteren Eide des byzantinischen Zeit be-

trifft, zur Ansicht neige, daß wenigstens manche Eide nur niedergeschrieben wurden'.

Die Fluchformel lautet hier Zle 12. 13: εἰ (= ἤ) ἔνοχος εἴην τῷ ὅρωι. Das ist die jüngere Fassung, der wir schon begegnen Pap. Oxyrh. II, 239 Zle 12 vom Jahre 66: siehe Wenger, Z. R.G. Bd. 36 S. 250. Die ältere Fassung, die wir noch in dem besprochenen Pap. Oxyrh. II, 260 vom Jahre 59 n. Chr. Zle 16. 17 antreffen, lautete: εὐορκοῦντι μέν μοι εὖ εἴη, ἐφιορκοῦντι δὲ τὰ ἐναντία. Vgl. Pap. Oxyrh. X, 1258 vom Jahre 45 n. Chr. Zle 10. 11.

Der Inhalt des schriftlichen Eides, zu dem sich Vettius bekennt, ist nachstehender. Er schwört beim Kaiser, bis zum 23. des laufenden Monats φαρμοῦθι = 19. April in Alexandrien einzutreffen und sich einzufinden vor dem Tribunal des Präfekten Gajus Septimius Vegetus, bis er erledigen werde, was der Soldat Marcus Antonius Tituleius gegen ihn hat, entsprechend dem für den früheren Strategen beigelegten Schreiben.

Die Worte Zle 12. 13 ἀκλούθως τῇ παρακομισθείσῃ Κλαυδίωι Χάρητι στρατηγήσαντι ἐπιστολῇ versteht Paul M. Meyer dahin: 'daß der in Alexandria stationierte Kläger dem praef. Aeg. ein Klagelibell eingereicht hat, dieser den damaligen Strategen des Gaues durch eine (dem Original der χειρογραφία in Abschrift beigegebene) ἐπιστολή beauftragt hat, den Beklagten nach Alexandria zu zitieren und ihm das Gestellungsversprechen abzunehmen'.

Jedenfalls haben wir auszugehen von einem Schreiben des Präfekten an den damaligen Strategen. Dieses Schreiben muß die Forderungen des Soldaten gegen den Epaphroditus enthalten haben, Zle. 10: ἃ ἔχει πρός με. Es muß ferner dem letzteren ausgehändigt sein, sei es urschriftlich oder abschriftlich, da es der Eidesurkunde beigelegt worden, Zle 12. 13: ἀκλούθως τῇ παρακομισθείσῃ . . ἐπιστολῇ.

Nun wird sich aber das Eingreifen des Präfekten kaum darauf beschränkt haben, eine Mitteilung der Forderung an den Epaphroditus zu veranlassen. Denn wie der weitere Verlauf

zeigt, hat sich ja Epaphroditus dazu bequemt, ein eidliches Gestellungsversprechen dahin abzugeben, biswann er sich in Alexandrien vor dem Tribunal des Präfekten einfinden und daß er bis zum Austrag der Sache dort verharren werde. Auf dieses Gestellungsversprechen wird in dem Schreiben des Präfekten wohl ebenfalls schon hingewiesen sein.

Ein Hauptpunkt ist aber, wenn wir diesen Papyrus mit Pap. Oxyrh. II, 260 vergleichen, was schon Paul M. Meyer hervorhebt: daß von einer früheren Verhandlung 'infolge derer der Beklagte sich dem Kläger gegenüber verpflichtete, vor dem praef. Aeg. in Alexandria zu erscheinen' keine Rede. Und daß eine solche Verhandlung stattgefunden hätte, ist auch der ganzen Sachlage nach wenig wahrscheinlich.

Trifft dieses hier zu, so wäre damit ein Beispiel gegeben: daß die Ansetzung fester Termine vom Magistrat abhängt. Daneben bleibt möglich, daß der Magistrat einen Termin ansetzt, der beiden Teilen genehm wäre. Das Ausschlaggebende könnte trotzdem sein die Zustimmung des Magistrates, nicht die Uebereinstimmung der Parteien.

6. Eine andere hier einschlagende Urkunde, die erst nach Wengers Rechtshist. Pap.studien veröffentlicht wurde, hat Wenger schon selber, Z. R.G. Bd. 46 S. 489 flg. einer Erörterung unterzogen. Es handelt sich um Pap. Ox. IX, 1195 aus dem Jahre 135 n. Chr.

Hermaios, auch Anubion genannt, Sohn des Hermaios, aus Hermupolis Magna leistet dem vom Präfekten Petronius Martinus bestellten Richter, κριτῇ δοθέντι = iudici dato, beim Kaiser einen Gestellungseid dahin: Ich schwöre sprechen zu wollen bei Dir morgen, d. i. am 20. des laufenden Monats Mecheir, in Durchführung meines Rechtsstreites gegen Hermaios, Sohn des Apollonides; sonst soll ich eidbrüchig gelten.

Vor dem Präfekten muß ein Termin bereits stattgefunden haben. Dort ist nach Wenger 'auch der Termin für die Verhandlung vor dem iudex datus festgestellt worden'. Von einer Vereinbarung der Parteien, die der Präfekt hätte be-

rücksichtigen müssen, ist keine Rede. Wenger erklärt sie für möglich; hält aber die Erklärung ebenfalls für plausibel, 'daß der Präfekt den Termin festgelegt hat'. Er begründet dies dahin: 'das ius iurandum ist dann wie dort durchs Vadimonium, so hier durch amtliche Terminsbestimmung veranlaßt'.

Uebrigens brauchte der vom Präfekten anzusetzende Termin nur ein Biswanntermin zu sein. Dann hatten die Parteien nicht nötig, bis zum letzten Tage zu warten, sondern konnten einen beliebigen früheren Tag innerhalb der Frist vereinbaren. So mag hier die Sache liegen. Der Richter erfuhr dann zugleich diesen Tag durch die Mitteilung der Eideserklärung, die ihm vermutlich von beiden Seiten zugestellt wurde.

Die Urkunde bietet Raum für die Annahme verschiedener Möglichkeiten, aber ein Beweis für die Uebertragung des römischen Vadimonium nach Aegypten ist durch sie wieder nicht geliefert.

99. Atrox iniuria. III, 224. 225.

Vom allgemeinen Begriffe iniuria hat man wieder abgetrennt die atrox iniuria.

Statt atrox begegnen wir auch einer grauissima iniuria: siehe Ulp. Pedius fr. 10 § 12 de in ius uocando 2. 4.

Bei Ulp. fr. 17 § 3 de ini. 47, 10 werden einander gegenübergestellt iniuriae leues und graues. Ebenso unterscheidet Paul. sent. 5, 4 § 22 zwischen iniuria atrox und leuis.

Nach Ulp. Coll. 2, 2 § 1 ist vielleicht ein Dreifaches zu unterscheiden: die ganz schlimme Beleidigung, iniuria atrox bzw. atrocior; die weniger schlimme, grauior, grauis, und die gewöhnliche. Vgl. Erkl. 97 unter 6.

In einem besondern Sinne wird von einer grauis iniuria gesprochen c. 6 C. Th. de contr. empt. 3, 1 vom Jahre 391 = c. 14 C. I. 4, 38.

1. Iniuria an und für sich ist schon ein etwas unbestimmter Begriff. Davon war bereits die Rede: siehe Erkl. 93 unter 23. Dasselbe gilt, vielleicht in erhöhtem Maße, von der atrox in-

iuria. Nach Mommsen, Röm. Strafrt. S. 790 ist die Grenze zwischen schwerer und leichter iniuria 'zum Teil höchstens durch Gerichtsgebrauch einigermaßen fixiert'. Ulp. fr. 7 § 7 de ini. 47, 10 bemerkt: Atrocem iniuriam quasi contumeliosiorem et maiorem accipimus. Und hierbei kommt nach Ulp. fr. 17 § 3 sehr viel auf die Person des Beleidigers an: crescit enim contumelia ex persona eius, qui contumeliam fecit; und ebenso nach Ulp. fr. 7 § 8 auf die Person des Beleidigten: persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui, cum parenti, patrono fiat. Wenig berührt ihn aber, ob ein Hausvater oder Haussohn beleidigt wurde: Ulp. fr. 9 § 2 = I. I. IV, 4 § 9.

2. Zwar nicht einer atrox iniuria, aber doch einer atrocitas iniuriarum begegnen wir schon bei Cic. de inuent. 2, 20 § 60. Die Stelle ist, soweit ich sehe, die älteste, welche uns diesen Begriff entgegenbringt. Sie hat mich bereits beschäftigt Erkl. 93 unter 7 flg.

Huschke, Gajus S. 138 flg. schließt aus dieser Stelle, daß ein Kläger nur wegen iniuriae atroces Rekuperatoren verlangen konnte, wie es auch die Sache selbst mit sich bringe.

Allerdings wird sich der Prätor nicht veranlaßt gefunden haben, wegen jeder leichten Beleidigung, soweit sie überhaupt Klage erzeugte, ein Rekuperatorengericht einzusetzen. Aber ebensowenig vielleicht wegen jeder schweren Beleidigung. Das prätorische Edikt lautete nach Gell. n. a. 20, 1 § 13 ganz allgemein: iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos. Von einer besondern Berücksichtigung der atrox iniuria ist keine Rede. Das freie Ermessen des Prätors wird sich zunächst auch nach dieser Richtung hin geltend gemacht haben. Wir dürften demnach wohl die atrocitas iniuriarum in unserer Stelle mehr vom Standpunkte des dort behandelten Falles verstehen, als daß darin eine Richtschnur für den Prätor zu erblicken wäre; und hätten darum immer noch nicht nötig, das Verfahren des Verres zu billigen, von dem es bei Cic. in Verr. II. 2, 27 § 66 heißt: Si quis eum pulsasset, edixit, sese iudicium iniuriarum non daturum.

3. Eine Gliederung der atrox iniuria sehen wir dann Labeo vornehmen bei Ulp. fr. 7 § 8, und zwar nach drei Richtungen: Atrocem autem iniuriam aut persona aut tempore aut re ipsa fieri Labeo ait. In bezug auf das letzte Glied heißt es: re atrocem iniuriam haberi Labeo ait, ut puta si uulnus illatum uel os alicui percussum.

Bei Gajus haben wir ebenfalls eine Dreigliederung vor uns. Dem re des Labeo entspricht ex facto. Statt ex loco, ueluti si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit bringt Ulpian tempore, si ludis et in conspectu, nam praetoris in conspectu rel. Für praetoris ist vielleicht mit Cuiacius obs. 9, 16 ursprüngliches populi Romani anzunehmen. Das praetoris, das wir auch I. I. IV, 4 § 9 neben conspectu antreffen, geht wohl auf die Kompilatoren zurück. Bei persona ist dem magistratui von Ulpian vielleicht cum parenti patrono fiat hinzugefügt, so daß wir den magistratus bei Gajus als alten Bestand ansehen könnten.

I. I. IV, 4 § 9 ist die Dreigliederung weiter ausgebaut worden. Dem ex loco ist angefügt auf Grund von Ulp. fr. 7 § 8 in conspectu praetoris und dem ex persona auf Grund derselben Stelle parenti patronoque. Die Berücksichtigung des locus uulneris macht den Eindruck, als ob ein viertes Glied hätte angereiht werden sollen. Auch sonst ist aus einer Dreigliederung eine Viergliederung geworden: siehe Erkl. 2.

Bei Paul. sent. 5, 4 § 10 stoßen wir auf die Gliederung aut loco aut tempore aut persona. Auch die einzelnen Beispiele sind abweichend gefaßt. Hier ist vielleicht der Ursprung des humili loco natus senatori zu suchen.

Recht ausgiebig in der Gliederung zeigt sich Quint. or. inst. 6, 1 § 15: Atrocitas crescit ex his: quid factum sit, a quo, in quem, quo animo, quo tempore, quo loco, quo modo. Das alles wird durch eine Reihe von Beispielen erläutert: quae omnia infinitos tractatus habent. Siehe die folgenden §§ 16—18.

4. Was das Verfahren anbetrifft, so ist von dem Verhältnis der Privatklage zur strafrechtlichen Verfolgung schon bei Gelegenheit von Ulp. fr. 7 § 6 de ini. 47, 10 und Cic. de inu. 2. 20 § 60 die Rede gewesen: siehe Erkl. 93 unter 5 flg. Insonderheit konnte, wo die Privatklage voraussichtlich nichts fruchtete, anderweitig eingeschritten werden: Ulp. fr. 35 de ini. Ebenso gegen Sklaven, wenn der Herr abwesend war: Ulp. fr. 9 § 3.

Die Schätzung erfolgte teils vom Prätor, teils vom Richter: siehe Erkl. 97 unter 6.

Der Prätor schätzte die schwere Beleidigung teils unmittelbar, teils nebenher bei Feststellung des Vadimonium: III, 224.

Die Schätzung konnte sich verbinden mit einer Augenscheineinnahme und war möglich an Feiertagen: Ulp. fr. 2 de feriis 2. 12. Insonderheit konnte der Prätor bei schweren Beleidigungen während der Ernte und Weinlese angegangen werden: Ulp. fr. 3 ebenda.

Die Klage des Freigelassenen gegen seinen Patron wegen schwerer Beleidigung bedurfte besonderer Bewilligung: Pap. fr. 39 § 9 ad leg. Iul. de adult. 48, 5; Ulp. fr. 7 § 2 de ini. 47. 10; Ulp. Pedius fr. 10 § 12 de in ius uoc. 2. 4. Ebenso stand da das gewaltfreie Kind seinem Vater gegenüber. Den gewaltunterworfenen Kindern blieb selbst bei schwerer Beleidigung dem Vater gegenüber die Klage versagt: Ulp. fr. 7 § 3. Die Beleidigung, die ein fremder Sklave erfuhr, hat mich bereits eingehend Erkl. 95 unter II beschäftigt. Wegen einer leichten Beleidigung wurde die Klage im allgemeinen verweigert.

5. In sachlicher Beziehung wäre etwa folgendes hervorzuheben.

Unsern Ausgang bei der atrox iniuria haben wir anscheinend von der körperlichen Beleidigung zu nehmen. In erweiterter Gestalt ist aber körperliche Härte kein notwendiges Erfordernis mehr. Vgl. Ulp. Pomp. fr. 9 pr. § 1 de ini. 47, 10.

So ist es nach c. 4 de ini. 9, 35 vom Jahre 259 allemal schwere Beleidigung: si tibi illata est, cum esses in sacerdotio et dignitatis habitum et ornamenta proferres.

Andererseits ist aber auch die schwere Beleidigung an die Stelle der einfachen getreten. So teilt uns Macer fr. 40 de ini. 47, 10 ein Reskript des Kaisers Severus folgenden Inhaltes mit: Atrocis iniuriae damnatus in ordine decurionum esse non potest. Dagegen heißt es in der lex Iulia municip. Zle. 108 flg.: nei quis in eorum quo municipio . . in senatu decurionibus conscreipteisque esto . . quei . . iniuriarum . . condemnatus est erit. Man ist also beim Ausschlusse vom Senat milder geworden. Ob diese Milde vom Kaiser herrührte? Vielleicht bestätigte er nur eine bisherige Praxis, der er andererseits ganz bestimmte Grenzen steckte, wie der Schlußsatz zeigt: nec prodesse tibi debet error praesidum aut eius, qui de te aliquid pronuntiauit, aut eorum, qui contra formam iuris mansisse te in ordine decurionum putauerunt.

100. Si senatoribus ab humili persona facta sit iniuria. III, 225.

Wenn Senatoren von einer geringen Person eine Beleidigung zugefügt worden, so ist sie als schwere Beleidigung abzuschätzen.

Wir werden diesen Satz nach zwei Richtungen ergänzen können. An und für sich genügte eine leichte Beleidigung, die in diesem Falle als schwere Beleidigung behandelt wurde. Wäre ferner diese Beleidigung nicht von einer geringen Person zugefügt, sondern etwa einem Kollegen, so würde das die Eigenschaft der Beleidigung in keiner Weise verändert haben.

Die zweite Ergänzung bringt eine Schranke, die nach dem überlieferten Gajustext anscheinend nur bei Senatoren in Betracht käme, nicht bei der voraufgehenden Magistratsperson. Hier heißt es nämlich ganz allgemein: si magistratus iniuriam passus fuerit. Demnach würde hier die Beleidigung, wenn

etwa von einem Kollegen zugefügt, stets als eine schwere anzusehen sein.

Wie diese verschiedenartige Behandlung zu erklären, und ob nicht vielleicht drum wegzukommen wäre: mag zunächst eine offene Frage bleiben.

1. Die humilis persona tritt für den Rechtsverkehr erst in der Kaiserzeit deutlicher hervor, und ihre volle Entfaltung ist kaum vor Paulus und Ulpian anzunehmen.

An sich ist humilis persona ein etwas unbestimmter Begriff; es kommt ganz auf den Gegensatz an, in welchen sie gestellt wird.

In dieser Beziehung ist an die Spitze zu stellen der Gegensatz von uterque ordo und plebs. Die beiden bevorrechtigten Stände sind der Senat und die Ritterschaft. Dazu gesellen sich aus den Munizipien die Decurionen. Sie sind die honestiores im Gegensatz zu den plebeii der Kaiserzeit, die auch humiliores genannt werden. Siehe das Nähere über diese Verhältnisse bei Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 3 S. 458 flg.; Röm. Strafrt. S. 1033 flg.

So enthält denn der Gegensatz von uterque ordo und plebs bereits keimartig den andern, der zwar große Verwandtschaft verrät, aber keineswegs nach allen Richtungen hin eine Gleichheit bedeutet. Denn während wir im erstern Falle eine scharfe Gliederung vor uns haben, ist bei dem Gegensatz von honestiores und humiliores die Unbestimmtheit keineswegs restlos beseitigt worden.

2. Ich beschränke mich darauf, indem ich mich im allgemeinen an die von Kübler, VIR III, 279 unter humilis gebrachten Stellen anlehne, ein kurzgefaßtes Bild zu entwerfen.

Bei Ulp. Labeo fr. 11 § 1 de dolo 4, 3 heißt es von der de dolo actio: nec humili aduersus eum qui dignitate excellet debet dari, puta plebeio aduersus consularem receptae auctoritatis. Unter einem consularis receptae auctoritatis haben wir wohl zu verstehen einen gewesenen Konsul, der sein Ansehen wieder erlangte, etwa durch Aufnahme

in die Senatsliste; der hier vielleicht an erster Stelle genannt wurde: vgl. über diese Verhältnisse Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 3 S. 857 flg. 966 flg. Jedenfalls wird es sich handeln um einen Mann von hohen Würden. Der Umstand, daß eine so hohe Persönlichkeit der geringen entgegengesetzt wird, mag dafür sprechen: daß der Gegensatz zwischen geringer Person und Senator schlechthin zu Labeos Zeit noch im Werden begriffen war.

Bankiers sind verpflichtet, Rechnungsbücher und sonstige Geschäftspapiere ihren Kunden vorzulegen. Stirbt der Bankier mit Hinterlassung mehrerer Erben, so genügt es unter Umständen nicht, wenn bloß ein einziger solcher Vorlegung nachkommen wollte. In dieser Beziehung erhebt Ulp. fr. 6 § 1 de edendo 2, 13 folgendes Bedenken: quid enim si humilis et deploratus unus edidit.

Ob zum Schutze der väterlichen Gewalt über ein unmündiges Kind das interdictum de filio ducendo zu gewähren oder cognitio zulässig sei, hängt mit ab von den persönlichen Eigenschaften der Streitenden. In dieser Beziehung bemerkt Ulpian mit Julian fr. 3 § 4 de lib. exh. 43, 30: nam si is, qui se patrem dicit, auctoritatis prudentiae fidei exploratae esset . . is uero, qui controuersiam facit, humilis calumniator notae nequitiae, repraesentanda cognitio est.

3. Der Gegensatz von 'vornehm' und 'gering' ist insonderheit für das Strafrecht von großer Bedeutung geworden.

Während die gesetzliche Ungleichheit in der Bestrafung des Freien und Unfreien so alt ist wie Rom selber, geht die gesetzliche Ungleichheit in Bestrafung des adligen und des gemeinen Bürgers erst zurück auf Augustus und Tiberius: auf jenen, insofern er den neuen Erb- und persönlichen Adel einführte; auf diesen, indem er die Zwangsarbeit auf die Bürgerlichen beschränkte. Zum vollen Ausbau dieses Gegensatzes haben dann wesentlich beigetragen die Festsetzungen des Kaisers Marcus über die Anwendung der Folter. Vgl. Mommsen, Röm. Strafrt. S. 1096. 1097.

So ist denn auch der neue Gegensatz nur eine Fortsetzung des alten. In dieser Beziehung mag hingewiesen sein auf Callistratus fr. 28 § 11 de poenis 48, 19: Igni cremantur plerumque serui, qui saluti dominorum suorum insidiauerint, nonnumquam etiam liberi plebeii et humiles personae.

Andererseits hat wiederum die Behandlung der Geringen zurückgewirkt auf die Sklaven. So heißt es bei Macer fr. 10 pr. de poen. 48, 19: In seruorum persona ita obseruatur, ut exemplo humiliorum puniantur.

4. Der Sprachgebrauch ist nicht bei allen und überall derselbe.

In einem Reskripte von Antoninus Pius, 138—161, das Papinian fr. 39 § 8 ad leg. Iul. de adulteriis 48, 5 wörtlich wiedergibt, heißt es am Schlusse: sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari. Es ist dies, soweit ich sehe, — vgl. VIR III, 264 — die älteste Stelle, wo uns der honestior als Gegensatz zum humilis entgegentritt. Marcian, der fr. 1 § 5 ad leg. Corn. de sic. 48, 8 auf dasselbe Reskript Bezug nimmt, gibt den Gegensatz in folgender Weise wieder: et humiliore loco positum in exilium perpetuum dari iussit, in aliqua dignitate positum ad tempus relegari. Ob ihm die Bezeichnung honestior in dieser Anwendung noch nicht deutlich genug sein mochte?

An anderer Stelle, fr. 3 § 5 ad leg. Corn. de sic. 48, 8 bringt zwar Marcian honestiore loco positi, stellt dann aber humiliores und altiores einander gegenüber.

In dieser Stelle ist übrigens meines Erachtens insulae deportatio interpoliert für aqua et igni interdictio: vgl. Ulp. Coll. 12, 5 § 1; fr. 2 § 1 de poen. 48, 19.

Für Ulpian käme weiter in Betracht fr. 6 § 2 de off. praes. 1, 18. Hier werden umgekehrt die humiliores den potentiores gegenüber in Schutz genommen.

Nach Ulp. fr. 3 § 16 de susp. tut. 26, 10 sind utique humiliores strenger zu bestrafen als diejenigen, qui sunt in aliqua dignitate positi.

Bei den dardanarii, deren Tätigkeit auf Verteurung der Lebensmittel gerichtet ist, vgl. Mommsen, Röm. Strafrt. S. 851, unterscheidet Ulpian fr. 6 pr. de extraord. crim. 47, 11 zwischen negotiantes und humiliores.

In bezug auf schweren Diebstahl heißt es bei Ulp. Coll. 7, 4 § 2: metalli poena humiliores, honestiores uero relegatione adficiendi erunt.

Ohne den Gegensatz von humilior begegnen wir einem honestior bei Ulp. fr. 8 § 19 de transact. 2, 15; fr. 5 § 4 de auct. 26, 8; fr. 1 § 3 de abigeis 47, 14 = Coll. 11, 8 § 3; fr. 1 de fur. baln. 47, 17; fr. 1 § 1 de effract. 47, 18; fr. 7 ad leg. Iul. peculatus 48, 13. Bei Ulp. fr. 1 § 2 de effract. steht dem honestior ein plebeius gegenüber.

Schwierigkeiten bereitet Ulp. Coll. 12, 5 § 1: nam qui data opera in ciuitate incendium fecerunt, si humillimo loco sunt, bestiis subici solent, si in aliquo gradu et Romae id fecerunt, capite puniuntur; aut certe . . adficiendi sunt qui haec committunt.

Auf Grund der Parallelstelle fr. 12 § 1 de incendio 47, 9, wo in insulam deportantur dem certe sich anschließt, ergänzt Blume, dem Lenel n. 2216 folgt: deportationis poena. An sonstigen Vorschlägen nennt Blume: exilio oder exilio uel deportatione oder deportatione oder deportatione in insulam. Vielleicht ist mehr ausgefallen.

Jedenfalls legen die Pandekten die Einschiebung von deportatione, oder was dem gleich käme, nahe. Auf diese Weise gelangen wir freilich zu einer Dreigliederung: verschärfte Todesstrafe, einfache Todesstrafe, Deportation. Dagegen äußert Bedenken Triebs S. 85 flg. In der Pandektenstelle haben wir allerdings die Zweigliederung. Hier ist aber auch humillimo in humiliore geändert. Neben denjenigen, qui in humillimo loco sunt, könnte es noch genug humiliores gegeben haben,

auf die das in aliquo gradu nicht paßte. Weiter wäre zu bemerken, daß die Verfasser der Pandekten auch et Romae gestrichen haben. So hätte bei dieser Dreigliederung der Gegensatz eines römischen Bürgers zum Bürger eines Munizipium ebenfalls hervortreten können.

Vor allen Dingen hat der Gegensatz von humilior und honestior eine breite Grundlage gewonnen in den sententiae des Paulus. Die Stellen und Verbrechen, welche hier zu nennen, wären die nachstehenden:

1, 21 § 4 Leichenschändung.

5, 19 § 1 Tempelraub bei Tage.

5, 19 A = fr. 11 de sep. uiol. 47, 12 Grabschändung.

5, 20 § 2 = Coll. 12, 2 § 1 Brandstiftung auf dem Lande.

5, 20 § 5 = Coll. 12, 3 § 2 Brandstiftung bei der Ernte.

5, 21 § 2 Sektenstiftung.

5, 22 § 2 Grenzsteinverrückung.

§ 5 = fr. 38 § 3 de poenis 48, 19 Notzucht an Kindern.

5, 23 § 1 Mord.

§ 14 = fr. 38 § 5 de poen. 48, 19 Darreichung eines Liebestrankes.

5, 23 § 19 Tötung durch den Arzt.

5, 25 § 1 Urkunden- und Münzfälschung.

§ 7 = fr. 38 § 7 de poen. 48, 19 Eröffnung des Testamentes bei Lebzeiten des Testators.

5, 25 § 8 = fr. 38 § 8 de poenis 48, 19 Verrat von Prozeßurkunden.

5, 25 § 9 Tötung.

§ 12 Führung höherer Standesabzeichen.

5, 26 § 1 schwere Vergewaltigung.

§ 3 leichtere Vergewaltigung.

5, 29 § 1 Majestätsverbrechen.

Aus der Collatio gehören weiter hierher:

1, 2 § 2; 7 § 2; 8, 4 § 2 Tötung.

14, 2 § 2 plagium.

In dem Falle, cum quis siue ui uel uirginem uel uiduam honeste uiuentem stuprauerit, wird I. I. IV. 18 § 4 bei den peccatores unterschieden: si honesti sunt und si humiles.

5. Von dem Gegensatze, in welchem honestior und humilior zueinander stehen, läßt sich nicht behaupten, daß er die Unbestimmtheit gänzlich ausschlösse.

Dasselbe gilt um so mehr, wo wir bloß einem humilior bzw. einem humilis, humili loco natus oder einer ähnlichen Ausdrucksweise begegnen. Vgl. Paul. sent. 5, 23 § 8, wo es in bezug auf Besitzer von Zauberbüchern heißt: humiliores capite puniuntur.

Deshalb finden wir mitunter genauere Zusätze. So wird nach Paul. sent. 5, 25 § 2 = Coll. 8, 5 § 1 bei Bestechung eines Richters dieser den honestiores zugezählt. Nach Paul. 5, 15 § 1 ebenda = Coll. 9, 3 § 1 kommt für verdächtige Zeugen nicht bloß die uitae humilitas in Betracht, sondern auch der Leumund: quos . . infamarit. Bei Ulp. fr. 3 § 4 de lib. exh. 43, 30 ist die Rede von einem humilis calumniator notae nequitiae.

Nicht weiter kommen wir auch, wenn Hermogenian fr. 45 de ini. 47, 10 bei unserer Beleidigung den liberi humilioris loci allgemein ceteri gegenüberstellt. Andererseits ist der für das Eheverbot der Senatoren in Betracht kommende Begriff einer humilis abiectaque persona bzw. femina in nou. Marciani 4 §§ 2. 3 = c. 7 § 2 de inc. nupt. C. I. 5, 5 vom Jahre 454 einer eingehenden Erörterung unterzogen worden.

6. Nach diesen Vorbereitungen kehre ich zurück zu unserer Gajusstelle.

Atrox iniuria ist schon an sich ein etwas unbestimmter Begriff. Hier soll die Beleidigung zugefügt sein ab humili persona. Damit ist eine weitere Unbestimmtheit angereiht und einer ganzen Menge von Möglichkeiten Raum gegeben.

Geschehen ist die Beleidigung senatoribus. Und hier erhebt sich aufs neue die Frage: was haben wir darunter zu verstehen?

Am nächsten scheint zu liegen, dabei an den römischen Senat zu denken. In dieser Beziehung ist indes zu bemerken: daß nach Mommsen, Röm. Staatsrt. Bd. 3 S. 841 zu Anfang der Kaiserzeit 'die senatorische Eigenschaft regelmäßig lediglich indirekt durch die senatorischen Aemter und Priestertümer angezeigt wird' und 'daß das Ratsmitglied der römischen Gemeinde eine eigentliche Titulatur erst durch die Rangordnung der Kaiser Marcus und Verus in dem Clarissimat erhalten hat'.

Damit dürfte weiter zusammenhängen, daß wir dem senator nicht allzuhäufig begegnen: weder bei den Rechtsgelehrten noch in der Amtssprache. Vgl. einerseits Fabricius, Ad Huschkii iurispr. anteiust. indices S. 178, andererseits Gradenwitz, Indicem ad fontium partem prior. S. 74.

Indessen ist keineswegs die Möglichkeit ausgeschlossen, bei den senatoribus auch an sonstige Gemeinden zu denken. So wird z. B. die korsische Gemeinde der Vanacini in einem Schreiben Vespasians vom Jahre 71 n. Chr., siehe Bruns-Gr., Fontes [7] n. 80, so angeredet: Imp. Caesar Vespasianus Augustus magistratibus et senatoribus Vanacinorum salutem dicit. In einem andern Schreiben desselben Kaisers vom Jahre 78 an die Gemeinde der Saborenses, aufgefunden in Spanien, siehe Bruns-Gr.[7] n. 81, heißt es dagegen: salutem dicit IIII uiris et decurionibus Saborensium.

Was fangen wir ferner an mit der humilis persona? An sich bezeichnet es eine niedrige Person. Diese Niedrigkeit kann in verschiedener Weise gemeint sein. Da wir als Gegensatz den Senator vor uns haben, so liegt es wohl am nächsten, an das Rangverhältnis zu denken. Demgemäß würde denn wohl ein Plebejer, der weder dem Senatoren- noch dem Ritterstande angehörte, eine humilis persona sein; ob aber auch ein römischer Ritter einem römischen Senator gegenüber?

Alles ist überhaupt sehr unsicher wegen der vielen Möglichkeiten, die hierbei in Betracht kommen. So wäre es denn sehr wünschenswert, wenn es Parallelstellen gäbe, die wir zur Erläuterung der Gajusstelle heranziehen könnten.

7. In dieser Beziehung ist nun schon längst hingewiesen auf Paul. sent. 5, 4 § 10. Die Stelle ist in folgender Gestalt überliefert:

Atrox iniuria aestimatur aut loco aut tempore aut persona: loco, quotiens in publicum inrogatur; tempore, quotiens interdiu; persona, quotiens senatori uel equiti Romano decurioni uel alias spectatae auctoritatis uiro. Et si plebeius uel humili loco natus senatori uel equiti Romano decurioni uel magistratui uel aedili uel iudici quilibet horum uel si his omnibus plebeius.

In dieser Weise ist freilich der Schlußsatz von Et si an geradezu unverständlich.

Cujas zu Paul. sent. 5, 4 § 8. opp. omnia I Sp. 420, hat diesen Schlußsatz abgeworfen, indem er bemerkt: uerba quaedam redundabant, quae nos resecauimus.

Schulting, Iurispr. Anteiust. S. 442 läßt sich demgegenüber dahin vernehmen. Die zweimalige Erwähnung des plebeius, senator, eques Romanus, decurio werde nicht auf Paulus zurückgehen; er sehe aber nicht ein, warum der magistratus, aedilis, iudex und der einmalige plebeius nicht von Paulus herrühren könnten: die Worte seien freilich in übler Weise durcheinander geworfen und am Schluß fehle der Zusammenhang.

An einem plebeius hätten wir allerdings genug gehabt. So entsteht denn die Frage: welchen wir abwerfen sollen? In dieser Beziehung ist bemerkenswert, daß der eine in den Worten uel humili loco natus eine Erläuterung mit sich führt. Demgemäß möchte ich in dem plebeius uel humili loco natus eine Glosse erblicken, die für den plebeius am Schlusse eine Erklärung sein sollte, aber an verkehrter Stelle in den Text geraten ist.

Durch Ausmerzung dieser Glosse dürften wir dem Verständnis der Stelle schon um ein gut Stück näher gekommen sein. Und was den Zusammenhang am Schlusse des Schlußsatzes anbetrifft, so dürfte er teilweise schon erreicht sein durch

das von Huschke eingeschobene iniuriam faciat. Es fragt sich indes noch, wo diese Einschiebung vorzunehmen. Huschke[4] schob ein nach decurioniue, wie er statt decurioni schrieb; Huschke, S. K. nach quilibet; Paul Krüger vermutet den Ausfall eines iniuriam facit schon hinter humili loco natus. Meines Erachtens wäre der Ausfall des iniuriam faciat erst hinter quilibet horum erfolgt.

Dieses horum mit dem, was sich anschließt, wird freilich von Paul Krüger gestrichen. Damit ist einverstanden Huschke, S. K., während Huschke[4] horum in reorum verwandelte.

In dem Auszuge, den ein Mönch vom breuiarium Alaricianum anfertigte — siehe über diese epitome monachi Conrat, Gesch. der Quellen Bd. 1 S. 238 flg. — lautet der Schluß unserer Stelle bei Hänel, Lex Rom. Visigoth. S. 417: quilibet horum plebeius. Es sind also fortgelassen die Worte uel si his omnibus, vielleicht weil sie nicht mehr verstanden wurden.

Meines Erachtens ist der Schlußsatz am Schlusse zu halten, aber die Einschaltung zu vervollständigen, indem ein Gegensatz zum his omnibus hergestellt wird. Der Plebejer begeht diesen allen gegenüber eine atrox iniuria, was von den andern nicht gilt. In welcher Weise würden wir uns hier zu beschränken haben? Ich sollte meinen: wie der Plebejer diesen allen gegenüber dasteht, gilt dies von den andern nur, insoweit der Betreffende einen höheren Rang einnahm. Es wäre also nach horum etwa zu ergänzen: iniuriam faciat honestiori.

Das ergäbe folgenden Schlußsatz: Et si [plebeius uel humili loco natus] senatori uel equiti Romano decurioni uel magistratui uel aedili uel iudici quilibet horum (iniuriam faciat honestiori), uel si his omnibus plebeius.

Vergleichen wir dann diesen Schlußsatz mit dem, was vorausgeht, so ist unschwer zu erkennen: daß er erst später angehängt sein wird. Die alte Bildung war: senatori uel equiti Romano decurioni uel alias spectatae auctoritatis uiro.

Das senatori uel equiti Romano decurioni wiederholt zunächst der Schlußsatz. Sodann erfährt uel alias spectatae auctoritatis uiro eine Erläuterung durch uel magistratui uel aedili uel iudici.

Wie diese Erläuterung schon an sich als spätere Anfügung aufzufassen wäre, verrät sie sich als solche noch besonders durch das iudici. Die Anreihung an magistratui und aedili dürfte hinweisen auf die iudices ordinarii des Kodex, worunter wir die prouinciarum rectores zu verstehen haben, vgl. z. B. c. 32 pr. de episc. 1, 3 vom Jahre 472; sowie auf den in die Digesten erst hineininterpolierten iudex, vgl. z. B. Paul. Pedius fr. 8 pr. qui satisdare 2, 8 und andere bei Heumann-Seckel angeführte Stellen. Wir haben es also zu tun mit einem Sprachgebrauche, welcher erst der spätern Zeit angehört.

Insofern hätte Cujas recht, als er den Schlußsatz von Et si an gänzlich abwirft. Aber spätere Zusätze bedürfen doch auch der Erklärung. Ferner wäre von diesem Zusatze wieder auszusondern die plebeius-Glosse.

Hält man die Behandlung, die ich dem Schlußsatze habe zuteil werden lassen, für richtig, so würden wir uns den Entwicklungsgang der atrox iniuria, welche auf die Person zurückgeht, etwa in dieser Weise vorstellen können.

Zu beachten ist vor allem der Ausgangspunkt: quotiens inrogatur senatori uel equiti Romano decurioni. Das entspricht genau dem uterque ordo: siehe oben unter 1. Wir werden also hingewiesen auf die Zeit des Prinzipates. Den Gegensatz dazu bildet der plebeius. Wir haben es also mit den neuen Standesunterschieden zu tun. Und wenn plebeius durch humili loco natus erläutert wird, so ist auch diese Bezeichnung zunächst nicht anders zu verstehen.

Im Anschluß an die genannten Persönlichkeiten begegnen wir dem alias spectatae auctoritatis uiro. Dafür finden wir im Schlußsatze: uel magistratui uel aedili uel iudici.

Das magistratui und aedili, welches sich unmittelbar dem decurioni anschließt, wird sich wohl beziehen auf die Oberbehörde der späteren Munizipalstädte, die regelmäßig aus vier Personen bestand, zwei höchsten richterlichen Beamten und zwei Aedilen. Sie bilden entweder zwei Kollegien von Zweimännern oder ein Kollegium von Viermännern. Die beiden duouiri oder quattuoruiri iure dicundo führen ausschließlich den Namen magistratus. Vgl. über diese Verhältnisse im allgemeinen Marquardt, Röm. Staatsverwaltung Bd. 1² S. 152 flg. und insonderheit wegen des magistratus Pap. fr. 13 ad municip. 50, 1; Paul. fr. 19 § 1 de tutoribus 26, 5; Ulp. fr. 1 § 9 de mag. 27. 8; Paul. fr. Vat. 112.

Wir hätten es hier demnach zu tun mit den Angehörigen der beiden höchsten Stände, des Senatorenstandes und der Ritterschaft, denen sich anschließen die Dekurionen der römischen Gemeinden; den letzteren sind weiter beigesellt die Magistrate und Aedilen; zum Schlusse erscheint der index, womit vor allen Dingen auf den Provinzialstatthalter hingewiesen sein wird.

Diese alle bilden einen Gegensatz zum Plebejer in neuerer Bedeutung, der auch humili loco natus genannt wird; und eine Beleidigung, die der Plebejer bzw. die niedrige Person einem von ihnen zugefügt, gilt unter allen Umständen als eine schwere Beleidigung.

Was dann das Verhältnis der honestiores untereinander anbetrifft, so hat sich dasselbe später meines Erachtens dahin entwickelt: daß die von einem im Range Nachstehenden dem Vornehmeren zugefügte Beleidigung ebenfalls als eine schwere aufzufassen sei; nicht dagegen die von einem auf gleicher Stufe stehenden Kollegen. Also die Beleidigung eines römischen Senators durch einen römischen Ritter würde eine schwere sein, nicht dagegen die Beleidigung eines Senators durch einen andern Senator, eines Ritters durch einen andern Ritter.

8. Von diesem Standpunkte aus will ich nunmehr eine Erledigung der Frage versuchen, deren Beantwortung ich mir zu Anfang offen ließ.

Es heißt bei Gajus: Atrox autem iniuria aestimatur .. ex persona, ueluti si magistratus iniuriam passus fuerit uel senatoribus ab humili persona facta sit iniuria.

Es heißt aber nicht etwa: ueluti si magistratui uel senatoribus ab humili persona facta sit iniuria. Es hat also keine einheitliche Zusammenarbeit stattgefunden; wir haben vielmehr zwei selbständige Sätze vor uns, von denen man beliebig den einen oder den andern wegnehmen könnte, ohne daß der Zusammenhang leiden würde.

Diese lose Aneinanderreihung läßt die Annahme als möglich erscheinen: daß der eine von beiden Sätzen erst später angefügt wurde. Und diese spätere Anfügung könnte darauf beruhen, daß es sich dabei um jüngeres Recht handelte.

Unterstützend mag noch angeführt werden, daß die Beleidigung des magistratus alter Bestand der atrox iniuria zu sein scheint, dem wir bereits bei Ulp. Labeo fr. 7 § 8 de ini. 47. 10 begegnet sind — vgl. Erkl. 99 unter 3 — und der schon in die Zeit der Republik hineinragen könnte; während andererseits die Berücksichtigung der humilis persona erst dem Prinzipate angehörte.

Also zunächst entsteht der Satz, wie ihn Gajus uns mitteilt: atrox iniuria aestimatur ex persona, ueluti si magistratus iniuriam passus fuerit. Auf die Beschaffenheit des Beleidigers wird noch keine Rücksicht genommen.

Unter dem Prinzipate macht sich dann der Gegensatz zwischen uterque ordo und humilis persona auch bei der atrox iniuria bemerkbar. Und wenngleich nicht die ganze Entwicklung bei Gajus nachgetragen wurde, so ist doch wenigstens mit einem Hauptbeispiele darauf hingewiesen.

Wir haben es überhaupt nicht mit einem einheitlich gearbeiteten Werke zu tun: vgl. Rechtsgel. Gajus S. 79 flg. Hier sind zwei Sätze aneinander gefügt, die beide einmal für ihre Zeit richtig waren, zusammen aber nicht gut passen wollen.

9. Daneben bleibt zu bedenken, daß der Gegensatz, um

den es sich hier handelt, etwas unbestimmter Natur und somit für Streitfragen sehr empfänglich gewesen sein mag.

Ferner ersehen wir aus einer Vergleichung von Ulp. fr. 12 § 1 de incendio 47, 9 mit Coll. 12. 5, 1 — vgl. oben unter 4 — daß hierbei die Verfasser der Justinianschen Rechtsbücher ihre Hand im Spiele hatten: so daß manches sonst noch unterdrückt sein könnte.

Beachtung scheint mir in dieser Hinsicht die Wiedergabe unserer Stelle aus Paul. sent. 5, 4 § 10 im Wolfenbüttler Auszuge zu verdienen. Hier heißt es bei Hänel, Lex. Rom. Visig. S. 417: Iniuria quomodo estimetur, si uilior persona militi aut equiti Romano iniuriam faciat. Neben dem römischen Ritter bildet also einen Gegensatz zum geringen Mann hier auch der Soldat als Infanterist, wovon sonst nirgends die Rede.

101. Zur Lex Romana Burgundionum: 5, 1.

Die Lex Romana Burgundionum beruft sich dreimal ausdrücklich auf Gajus: 5, 1; 10, 1; 12, 2. Die beiden letzteren Stellen haben mich bereits Bd. 3 Abt. 1 S. 49 und oben Erkl. 69 unter 8 näher beschäftigt. Hier soll die dritte Stelle einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.

Vor allen Dingen entsteht die Frage: wo sind diese Stellen unterzubringen? In den beiden bereits besprochenen Stellen ist der Hinweis etwas allgemein gefaßt: einmal heißt es Secundum Gai regulam, das andere Mal secundum speciem Gai. Die dritte hat nach von Salis folgenden Wortlaut:

Titulus V. De iniuriis aut cedibus admissis.

1. Si quid forte ita temerarie admittitur, ut uulnus aut fractura ossuum infligatur, aut in conuiciis atrocibus forte proruperit, solutio uel uindicta facti ipsius pro qualitate persone in iudicis arbitrio estimatione consistit. Secundum regulam Gai sub titulo: De iniuriarum actione, iniuria enim grauis est, quae in publico uel in foro ab humiliore persona honestiori infertur.

1. Der fünfte Titel der lex Rom. Burg. entspricht dem fünften Titel des liber constitutionum, der sogenannten lex Gundobada, mit der Ueberschrift: De his, qui flagello, fuste, calce uel pugno percutiunt. Die Behandlung der Beleidigung ist aber in beiden Fällen eine wesentlich verschiedene.

Der liber constitutionum sollte gelten 'für Rechtshändel nicht nur zwischen Burgundern, sondern auch zwischen Burgundern und Römern': siehe Brunner, Grundzüge[4] S. 51. Hier haben wir, sofern die Beleidigung von einem Freien ausging, überall feste Bußen und daneben eine feste multa für den Fiskus, in dominico. So heißt es § 1 von einer Beleidigung eines Freigeborenen: Si quis ingenuum hominem tali praesumptione percusserit, per singulos ictus singulos solidos soluat, et multam in dominico inferat solidos VI. Auf den Sklaven bezieht sich § 6: Si seruus ingenuum hominem pugno percusserit, C fustes accipiat.

2. Die lex Romana Burgundionum kam in Betracht für die römischen Provinzialen. Sie schloß die Anwendung der übrigen römischen Rechtsquellen keineswegs aus: Brunner S. 54. Hier hat sich bei der schweren Beleidigung die richterliche Abschätzung erhalten. Diese Abschätzung beschränkt sich aber nicht mehr auf die Privatgenugtuung, sondern ergreift auch die öffentliche Strafe: solutio uel uindicta facti ipsius pro qualitate persone in iudicis arbitrio estimatione consistit. Und zwar nicht bloß beim Sklaven, den der § 2 besonders ins Auge faßt unter Hinweisung auf Paul. sent. 5, 4 § 22.

3. Schulting, Iurispr. Anteiust. S. 830 schloß aus der Berufung auf Gajus bereits, daß I. I. IV, 4 §§ 7. 9 seinen Institutionen entlehnt sein werde: was sich ja in einem gewissen Umfange bestätigt hat.

Daneben hielt Schulting Entnahme ex libro regularum des Gajus für möglich. Es gab einen regularum liber singularis und regularum libri tres von Gajus. Das erstere Werk ist mit einer Stelle, Lenel n. 485, das letztere in den Digesten mit zwei Stellen vertreten: Lenel n. 483. 484;

und zwar ist die zweite als fr. 43 dem Titel de iniuriis 47, 10 unterstellt worden.

Weil es in der lex Rom. Burg. heißt 'secundum regulam Gai sub titulo ‚De iniuriarum actione'' und die Ueberschrift von fr. 43 Dig. de iniuriis 47, 10 lautet 'Gaius libro tertio regularum', behauptet Bluhme, Monumenta Germ. leg. III S. 599 und Z. R.G. Bd. 3 S. 454: daß die lex Rom. Burg. hier aus dem 3. Buche der regulae geschöpft haben müsse. Hiergegen erklärt sich auf das entschiedenste von Salis S. 128 Anm. 7. Und schon Huschke, Z. R.G. Bd. 7 S. 163 war bemüht, Bluhme zu widerlegen.

Allerdings zerfallen die Institutionen des Gajus zunächst nur in Bücher oder Kommentarien, nicht in Titel. Aber von Nachgajanern sind doch auch schon in der Veroneser HS. Titelüberschriften nachgetragen: Rechtsgel. Gajus S. 36 flg. Nun finden wir hier freilich keine Ueberschrift De iniuriarum actione, während die lex Rom. Burg. sich auf eine solche beruft. Damit könnte es sich doch auch so verhalten: daß die Institutionen des Gajus nicht überall mit denselben Titelüberschriften versehen waren und die Verfasser der lex Rom. Burg. ein Exemplar benutzten, das in dieser Beziehung von der Veroneser HS. abwich.

4. Ueberhaupt haben die Verfasser der lex Rom. Burg. die römischen Rechtsquellen nicht in ihrer Reinheit benutzt, sondern in dem Zustande, den sie im Laufe der Zeit angenommen hatten. Insonderheit kommen in dieser Hinsicht die erläuternden Zusätze in Betracht. In den Mon. Germ. leg. sect. I tom. II pars I S. 12 bemerkt von Salis: illos in conscribendo non solum ipsis uerbis legum, ex quibus hauriebant, sed etiam 'interpretationibus' quae dicuntur usos esse, atque saepius magisque interpretationibus quam uerbis legis ipsis. Neque Gai quidem institutiones uerisimillimum est usurpatas esse, nisi ualde in angustum coactas, non similiter pariterque atque eas, quibus auctores legis Romanae Visigothorum usi sunt.

Der erste Satz im § 1 unseres Titels entspricht nach von Salis Paul. sent. 5, 4 § 1: Iniuriam patimur . . conuiciis, sowie den §§ 6. 7 ebenda: Iniuriarum actio . . de . . membris ruptis et ossibus fractis; . . quoties factum pro qualitate sui arbitrio iudicis aestimatur . . supplicio uindicatur.

Der zweite Satz weist hin auf Gajus III, 225. Mir ist aber zweifelhaft, ob von Salis diesen Satz richtig wiedergegeben hat.

5. Die Haupthandschrift, die Ottobonische, A [2], jetzt codex Vaticanus 7277, bringt uns nämlich den Satz in folgender Gestalt: Secundum regulam Gagi sub titulo De iniuriarum accionem, iniuriam enim grauis est, quae in publico uel in ore persone honesciori inferetur.

Hier sind allerdings die Aenderungen Gai . . actione, iniuria . . honestiori unbedenklich. Andererseits wird aber das ore als Ende von humiliore und demgemäß eine Lücke zwischen in und ore anzunehmen sein. In dieser Lücke fände dann auch das schon von Schulting vermißte uel Platz. Demgemäß hat bereits Barkow, Lex Rom. Burg. S. 19 folgende Ergänzung der Lücke vorgeschlagen: foro uel ab humili. Das persone wäre so viel als personae, wofür schon Biener eingetreten, und das inferetur könnte man wohl ebenfalls beibehalten. Das ergäbe am Schlusse folgenden Text: iniuria enim grauis est, quae in publico uel in ⟨foro uel ab humili⟩ore personae honestiori inferetur.

Diesem Texte gegenüber bedarf noch das enim einer kurzen Bemerkung. Es hat hier nicht die begründende Bedeutung unseres 'denn'; seine Kraft erschöpft sich vielmehr, wie auch sonst im Spätlatein, in bloßer Aufzählung: siehe Schmalz, Lat. Syntax in Müllers Handbuch Bd. 2 Abt. 2 [4] S. 505.

Der Sinn der Stelle wäre demnach folgender. Es wird eingesetzt mit den schweren Beleidigungen uulnus aut fractura ossuum, denen solche angeschlossen werden, die in conuiciis atrocibus geschehen. Hier erfolgt pro qualitate personae

Abschätzung in iudicis arbitrio. Weitere schwere Beleidigungen sind nach der Regel des Gajus solche, welche in publico oder in foro oder von der niedern Person einer ehrenvolleren zugefügt werden.

6. Ueber die Unterbringung der drei in Frage stehenden Stellen der lex Rom. Burg. bei Gajus äußert sich Paul Krüger, Quellen[2] S. 360 Anm. 68 dahin. An sich liege näher eine Benutzung der Institutionen; Bedenken errege aber, 'daß gerade die in den oben gedachten Stellen besprochenen Sätze dieser Bezeichnung wenig entsprechen'.

Dieses Bedenken berührt auch die hier näher ins Auge gefaßte Stelle, insofern sich die Titelüberschrift De iniuriarum actione in der Veroneser HS. überhaupt nicht findet und die Regel nur durch ein Hauptbeispiel vertreten ist. Das erklärt sich aber einfach daraus, daß die Titelüberschriften überhaupt nicht von Gajus herrühren und in allen Ausgaben die nachgajanischen Zusätze nicht dieselben gewesen sein werden: siehe Rechtsgel. Gajus S. 36 flg.

102. Ergebnisse. III, 220—225.

Ich will jetzt kurz die Ergebnisse zusammenstellen, zu denen ich auf Grund der bisherigen Untersuchung über die iniuria gelangt bin.

1. Iniuria, ganz allgemein genommen, ist so viel als Rechtswidrigkeit. Dieser Begriff hat mich hier nicht näher beschäftigt.

2. Iniuria in einem engern Sinne bedeutet Beleidigung. Sie tritt uns schon tab. VIII, 4 entgegen, beschränkt sich aber zunächst auf Tätlichkeiten und begreift daneben Fälle, die wir der Körperverletzung unterstellen: tab. VIII, 2. 3.

Das carmen incantassit der tab. VIII, 1a bezog sich ursprünglich auf das Singen von Zauberformeln, und ähnlich verhält es sich mit dem occentauisset in tab. VIII, 1b.

3. Einem derartigen Rechtszustande lehnten sich die Prätoren an mit ihrer ästimatorischen Injurienklage. Die Hauptstelle

über das Edikt liefert uns Gellius n. a. 20, 1 § 13: praetores . . iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt.

Es ist bemerkenswert, daß die Rekuperatoren nur zu schätzen hatten. Auch wäre in dieser Beziehung zu beachten der Senatsbeschluß bei Dittenberger, Syll.[2] n. 928 Zle 60: διατιμησάσθω = aestimato. Die Frage: ob schuldig? wird demnach in einem iudicium ihre Erledigung gefunden haben. So wären denn von Haus aus nebeneinander gegeben: arbitrium und iudicium.

Daß stets eine Schätzung durch Rekuperatoren stattfinden müsse, ist nicht gesagt. Dies wird vom Ermessen des Prätors abhängig gewesen sein, der anfangs vielleicht nur in besonders gearteten Fällen die Bildung eines Rekuperatorengerichtes vornahm, bis dieses Verfahren dann mehr und mehr zur Regel wurde und die festen Sätze schließlich ganz verdrängt haben mag.

Bei dieser Beleidigungsklage mit Abschätzung war es also darauf abgesehen, die festen Bußen durch bewegliche zu ersetzen. Diese Ersetzung erfolgte durch ein Rekuperatorengericht. Solange dieses keine Abschätzung vorgenommen, kamen nur die festen Bußen in Betracht. Mithin mußte die Abschätzung dem Verfahren über das Ob schuldig voraufgehen.

Anders verhält es sich mit den Talionsfällen. Hier soll das Vergeltungsrecht einem Richterspruche unterstellt werden. Deshalb bedarf es vor allen Dingen eines Richterspruches über das Ob schuldig. Kam es dann zu einer Verurteilung, so lag es dem verurteilenden Richter gleich mit ob, wenn nötig, die Abschätzung vorzunehmen. Gell. n. a. 20, 1 § 38: nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat.

4. Die Entstehungszeit dieser Beleidigungsklage mit Abschätzung dürfte älter sein, als man gewöhnlich anzunehmen pflegt.

Insonderheit ist nicht einzusehen, warum sie der Legis-actio ferngehalten werden und jünger sein müsse, als die lex Aebutia.

Die Machtvollkommenheit des Prätors wird vor der lex Aebutia nicht geringer gewesen sein, als später; mit mehr Recht ließe sich vielleicht das Gegenteil behaupten.

In dem regelmäßigen Falle war zunächst zu sorgen für ein Rekuperatorengericht. Der Klagenwollende bittet: Te praetor recuperatores postulo uti des. Anspielung auf eine hierher gehörende Demonstratio, die voranzustellen wäre, tritt uns bereits entgegen bei Plaut. asin. 2, 2 u. 104 (371): Pugno malam si tibi percussero.

Für den Fall, daß die Beleidigung bestritten war, haben wir noch eine zweite legis actio nötig, bei der wir uns das Verfahren etwa folgendermaßen vorstellen mögen:

A[s] A[s]: aio te mihi pugno malam percussisse.

N[s] N[s]: nego me tibi pugno malam percussisse.

A[s] A[s]: quando negas te praetor iudicem postulo uti des.

In den Talionsfällen wird die Verurteilung des iudex zunächst auf talio esto oder ähnlich gelautet haben. Kam unter den Parteien keine Einigung zustande, so verurteilte derselbe iudex in Geld.

Bemerkenswert ist bei Gell. n. a. 20. 1 § 38 iudici talionem imperanti. Das talionem imperare ist doch nichts anderes als ein ipsam rem condemnare. Damit wäre neben der Anspielung bei Plautus ein neuer Hinweis auf die legis actio gewonnen.

5. Der Ursprung der Beleidigungsklage mit Abschätzung ist vielleicht auf dem Gebiete des Fremdenverkehrs zu suchen. Bemerkenswert in dieser Beziehung, daß die Entwicklung gerade bei den Prügeleien einsetzte: cum dolore und sine dolore. Dazu mag der Markt- und Fremdenverkehr mehr Veranlassung dargeboten haben als der Verkehr der Römer untereinander. Damit stände meines Erachtens nicht in Widerspruch die An-

gliederung an die legis actio. Auch dürfte in dieser Beziehung die Errichtung der Fremdenprätur um 512/242 keine zeitliche Schranke abgeben, da schon vor Errichtung dieser Prätur sich der Stadtprätor mit Fremdenrecht befaßt haben wird.

6. Man hat ferner die Beleidigungsklage mit Abschätzung zu der Münzverschlechterung in Beziehung gesetzt und dabei angeknüpft an die bekannte Geschichte des L. Veratius welche Gell. n. a. 20, 1 § 13 aus dem Zwölftafelkommentare des Labeo uns mitteilt. Hier müßten wir uns dann wohl anlehnen an diejenige Reduktion, welche mit der ersten Silberprägung zusammenhängt. Die erste Silberprägung erfolgte 485/269 bzw. 486/268.

Es wäre ja möglich, daß die Münzverschlechterung dazu beigetragen hätte, das Gebiet der neuen Beleidigungsklage mit Abschätzung wesentlich zu erweitern; aber ein zwingender Grund, den Ursprung dieser Klage von der Münzverschlechterung abhängig zu machen, liegt jedenfalls nicht vor. Wenn einmal Geld der Wertmesser für die Beleidigung sein sollte, so mußte sich auch ohne Münzverschlechterung im Laufe der Zeit die Wahrnehmung Geltung verschaffen: daß man einem so vielgestaltigen Begriff nicht gerecht werden könne durch Aufstellung von ein paar festen Taxen.

7. Die iniuriarum actio der Römer wie die δίκη αἰκείας der Griechen verraten in ihrer Entwicklung eine gewisse Verwandtschaft. Bei beiden Klagen haben wir von Tätlichkeiten unsern Ausgang zu nehmen. Und wie die Absicht zu beschimpfen keine Voraussetzung der δίκη αἰκείας war, wird es sich auch mit der alten iniuriarum actio verhalten haben. In beiden Fällen ist man dann von einer festen Buße zu einer Klage mit Abschätzung übergegangen; und wie die Prätoren bei den Prügeleien mit uerberare, pulsare, percutere einsetzten, stoßen wir in den Dikaiomata auf πληγαί, πατάσσειν. Ferner wurde für beide Klagen ein schleuniges Verfahren verlangt.

Trotz alledem ist mir zweifelhaft, ob die römischen Prätoren sich die δίκη αἰκείας zum Vorbild nahmen. Das Ver-

fahren ist hier doch ein wesentlich anderes gewesen wie bei den Griechen. Und daß ein Streitgegenstand einer Schätzung unterlag, ist eine den Römern seit alter Zeit bekannte Einrichtung.

Mehr Anlaß, griechischen Einfluß auf die Entwicklung des römischen Rechtes anzunehmen, dürften die neuen Aufschlüsse gewähren, welche Pap. Hal. 1 Zle 210—213 uns bringt über eine privatrechtliche δίκη ὕβρεως: aber meines Erachtens auch nur in der Weise, daß eine bereits vorhandene Beleidigungsklage mit Abschätzung sich in griechischer Weise weiterentwickelte.

8. Das Verhältnis der privatrechtlichen Klage zu einem öffentlichen Strafverfahren wegen Beleidigung habe ich nur streifen können. Die lex Cornelia de iniuriis, indem sie nach Ulp. fr. 5 pr. de ini. 47, 10 und I. I. IV, 4 § 8 das pulsare und uerberare des prätorischen Ediktes an die Spitze stellt, gestattete in einem weiteren Umfange ein öffentliches Strafverfahren. Die Privatklage hat sich aber daneben behauptet. Nach Ulp. fr. 7 § 6 de ini. gestattete noch Caracalla die Privatklage bei allen Beleidigungen, und das ist Justiniansches Recht geworden.

Tatsächlich bildet freilich in der spätern Zeit ein außerordentliches Strafverfahren nach Hermogenian fr. 45 de ini. die Regel. Zweifelhafter ist es um die Andeutungen bestellt: daß man schon in klassischer Zeit geneigt war, dem strafrechtlichen Verfahren vor der Privatklage den Vorzug zu geben.

Daneben erhebt sich der lex Cornelia de sicariis gegenüber die Frage: wie wird es jetzt mit der Klage wegen Beleidigung? Und hier begegnen wir schon bei Cic. de inu. 2, 20 § 60 einer Einrede extra quam in reum capitis praeiudicium fiat, deren Zweck es war, das privatrechtliche Verfahren auszuschließen.

Bei Folterung eines fremden Sklaven, si quis quaestionem de alterius seruo habuisset, greift nach Paul. fr. 4 pr. § 1 D. 48, 7 lex Iulia de ui priuata ein, doch scheint später die Privatklage bevorzugt zu sein.

Nach Ulp. fr. 35 de ini. konnte anderweitig eingeschritten

werden, wo die Privatklage voraussichtlich nichts fruchtete; ebenso nach Ulp. fr. 9 § 3 gegen den Sklaven, wenn der Herr abwesend war.

9. Auf die Frage: wie lange ein Rekuperatorengericht für Abschätzung von Beleidigungen bestellt wurde? läßt sich keine bestimmte Antwort erteilen.

Gajus gedenkt dieser Rekuperatoren gar nicht. Deren Mitwirkung könnte also zu seiner Zeit bzw. in seiner Provinz schon mehr zurückgetreten sein.

Andererseits bringt Gajus III, 224 ein Verfahren, das er als ein vom Prätor erlaubtes hinstellt: Permittitur enim nobis a praetore.

Dieses erlaubte Verfahren wird sich einem anders gearteten angelehnt haben; und dieses anders geartete könnte sehr wohl das vor Rekuperatoren stattfindende gewesen sein.

In spätern Stellen, insonderheit den Pandektenstellen, tritt uns nur noch der iudex entgegen. Es könnten aber Rekuperatoren durch Interpolation beseitigt sein.

So schrieb vielleicht Ulp. fr. 17 § 2 de ini. 47, 10 recuperatoribus statt iudici. Und bei Marcianus fr. 37 § 1 ebenda könnte der Schluß statt condemnatione aestimatione iudicis facienda ursprünglich gelautet haben: aestimatione a recuperatoribus facta iudex tantam pecuniam condemnat.

10. Was die Unterbringung unserer Rekuperatoren im Edikt betrifft, so hat bereits Lenel darauf hingewiesen, daß es hier einen besondern Abschnitt für die Rekuperatoren gab. Dort werden die einzelnen Fälle mit einem recuperatores dabo umfaßt sein, denen sich dann auch die Rubrik de iniuriis aestumandis einfügte.

11. Das Edikt, welches den Institutionen des Gajus zugrunde liegt, ist allem Anschein nach nicht das Juliansche, sondern ein älteres. Dies trifft auch zu für unsere Beleidigung.

Vor allen Dingen haben wir anzunehmen ein allgemeines Edikt, das nur Tätlichkeiten umfaßte, und etwa so lautete:

In eum qui iniuriam commiserit. cum quis pugno puta aut fuste percussus uel uerberatus erit, iudicium dabo.

Die Erweiterung hat stattgefunden durch Sonderedikte.

An erster Stelle wird genannt conuicium. Damit sind wir angelangt beim gesprochenen Wort. Aber nicht jede Wortbeleidigung berechtigte zur Klage. Die ältesten Beispiele für gerichtliche Verfolgung von Wortbeleidigungen bieten zwei Dichter dar bei rhet. ad Her. 2, 13 § 19.

Der zweite Fall lehnt sich dem römischen Konkursverfahren bzw. der bonorum uenditio an. Jemand, der recht gut weiß, daß ein anderer ihm nichts schuldig sei, bietet dessen Vermögen durch Anschlag zum Verkaufe aus. Dieser Anschlag ist meines Erachtens das erste Beispiel für eine Klage, wo die Beleidigung durch die Schrift erfolgte.

Als weiterer Fall ist angereiht worden der libellus; in der Weise, daß gleich die Absicht durch ad infamiam mit zum Ausdruck gebracht wurde. Und zwar scheint hier Anlehnung an die lex Cornelia de iniuriis stattgefunden zu haben: vgl Ulp. fr. 5 § 9 de ini. 47, 10. So gelangen wir zur Schmähschrift, dem liber bzw. libellus famosus.

Ihm hat sich zugesellt das niedergeschriebene Lied: si . . carmen scripserit. In den Zwölftafeln bedeutet malum carmen incantare das Singen von Zauberformeln, später versteht man unter malum carmen ein Schmähgedicht: vgl. schon Cic. de rep. 4, 10 § 12. Hier dürfte aber die Anlehnung nicht an die lex Cornelia, sondern an ein senatus consultum erfolgt sein: vgl. Ulp. fr. 18 § 1 qui test. 28, 1; Paul. sent. 5, 4 § 15; Arc. Char. fr. 21 § 1 de test. 22, 5.

Beim letzten Sonderedikt handelt es sich weder um ein tätliches Vergreifen an der Person noch um ein gesprochenes oder geschriebenes Wort, sondern um ein ehrenrühriges Benehmen gegen eine Frau bzw. einen Knaben: das adsectari.

Ob noch weitere Fälle in dem Edikte, das Gajus vorlag, angegeben waren, bleibt zweifelhaft. Daß aber Gajus noch

weitere Fälle kannte, ersehen wir aus seinem Ediktskommentare Buch 22 fr. 12. fr. 19 de ini. 47, 10.

12. Was die Julianschen Sonderedikte anbetrifft, so macht auch hier das conuicium den Anfang. Hinzugefügt ist ein aduersus bonos mores und cuius opera factum esse. Auf diese Neuerung weist hin das dicetur, das hier aber auch alten Bestand mitumfaßt.

Dem schließt sich nach Lenel gleich an das Edikt de adtemptata pudicitia, das ebenfalls verschiedene Zusätze erhalten hat.

Es folgt ein recht allgemeiner Ediktssatz: Ne quid infamandi causa fiat.

Nachdem diese Allgemeinheit, die eine Neuerung sein dürfte von Ulp. fr. 15 § 27 de ini. genügend betont, kehrt er zu alten Fällen zurück.

Zum Schluß wird Ulpian §§ 31—33 die iniuriarum actio bei Gelegenheit der bonorum uenditio und verwandte Fälle näher ins Auge gefaßt haben. Während aber das proscripserit bei einem verwandten Falle, dem pignus uenditurus, noch erscheint, ist es bei den bona durch occupauerit ersetzt worden. Das wird zurückgehen auf die Kompilatoren, ebenso wie I. I. IV, 4 § 1 das bona . . possessa fuerint statt des Gajanischen bona . . proscripserit.

Endlich war als allgemeiner Vorbehalt angehängt: Si quis aduersus ea fecerit, prout quaeque res erit, animaduertam.

13. Die Entwicklung ist eine doppelte gewesen. Beim äußern Hergang haben wir zunächst die Entwicklung von Fall zu Fall. Bei einzelnen Fällen wird daneben die Innerlichkeit berücksichtigt. In dieser Beziehung haben wir wiederum zu unterscheiden zwischen dem Handeln aduersus bonos mores und der infamia.

Der Anschlag betreffend den Vermögensverkauf ist nach beiden Richtungen von Bedeutung geworden: einmal insofern

er die Schrift brachte, sodann wegen des Wissens, daß nichts geschuldet werde.

Im Julianschen Edikt ist dann dieser Ausgangspunkt beseitigt, dagegen die infamia zu allgemeiner Bedeutung gelangt.

Bemerkenswert ist der Versuch des Labeo, die iniuria vom Standpunkte der ὕβρις aus zu erfassen, indem er die Voraussetzungen der ὕβρις als gegeben verlangte. Und wenngleich Labeo mit seiner Ansicht nicht vollständig durchdrang, so könnte er doch erreicht haben, daß die römische Wissenschaft der Frage näher trat: inwiefern bei der iniuria auf die innere Gesinnung Rücksicht zu nehmen sei.

Insonderheit ist die ὕβρις ein Begriff, welcher eine genauere Bestimmung nicht zuläßt; und diese Vorstellung hat sich vielleicht mitbetätigt bei der Schlußklausel des Julianschen Ediktes.

14. Der unmittelbaren Beleidigung kann sich eine mittelbare anreihen.

Die Beleidigung, welche einem Hauskinde widerfährt, trifft zugleich mittelbar den Hausvater. Dasselbe Verhältnis waltet ob bei der uxor in manu und ihrem Ehemann. Später hat man dann auch diese Auffassung auf die freie Ehe übertragen.

15. Beim Sklaven stehen sich zwei grundverschiedene Anschauungen einander gegenüber, die sich bei der Beleidigung ebenfalls Geltung verschafften. Nach den Zwölftafeln ist der Sklave ein Mensch, wenngleich ein minderwertiger. Dagegen bei Gajus wird er den Sachen angereiht. Dem entspricht es, daß der Sklave gar nicht beleidigt werden kann.

Jedenfalls gewährte der Prätor dem Eigentümer eine Klage. Das Edikt, das dem Gajus vorlag, enthielt vielleicht folgende zwei Bestandteile: cum quid atrocius commissum fuerit, ueluti si quis alienum seruum uerberauerit.

Davon unterschied sich in verschiedenen Punkten das Julianische Edikt.

Zunächst ist das uerberare mit dem Zusatze aduersus bonos mores versehen. Dann ist als zweites Beispiel angefügt: deue eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur.

Soweit die Beispiele reichen, wird die Formel ohne weiteres gewährt sein; im übrigen hing die Gewährung vom Ermessen des Prätors ab. Dieses Ermessen war nach Gajus insofern beschränkt, als der Prätor eine Formel nur erteilen sollte, cum quid atrocius commissum fuerit. Im Julianschen Edikt wird zwischen leichter und schwerer Beleidigung nicht unterschieden. Der Prätor mag sich aber noch später auf eine Berücksichtigung der schweren Beleidigung beschränkt haben. Dafür scheint zu sprechen c. 8 de ini. 9, 35 vom Jahre 294.

In dieser Koderstelle wird eines weitern Bestandteiles gedacht, das unserm Edikte zugekommen wäre: qua damni etiam haberi rationem uerbis euidenter exprimitur. Das damnum ist wohl zu verstehen von einer Sachbeschädigung des Sklaven, so daß wir eine Verbindung der iniuriarum mit der actio legis Aquiliae anzunehmen hätten.

Als Richtschnur bei Bewilligung unserer Beleidigungsklage stellt Gajus für den Prätor den Satz auf: nec temere petenti datur. Vielleicht ließe sich derselbe dahin erweitern: nec temere petenti denegatur. Beide Sätze würden wir aber nicht als eine Neuerung zu betrachten haben, sondern als Ausfluß einer Anschauung, die den römischen Prätor nicht bloß in diesem Falle, sondern schon lange vor Gajus und nach ihm beherrscht hätte.

16. Gajus schildert uns III, 224 ein neues Verfahren, wie es seinerzeit üblich war. Dem Klagenwollenden wird vom Prätor erlaubt, die Beleidigung in Geld abzuschätzen. Der Richter verurteilt dann in diese Summe oder in eine geringere, wie es ihm gut scheint.

Nun bietet uns Pap. Hal. 1 Zle 210—213 ein Verfahren wegen ὕβρις dar, das eine auffallende Aehnlichkeit mit dem Verfahren bei Gajus hat. Ebenso ist dies in anderer Hinsicht der Fall mit dem Verfahren bei Paul. Coll. 2, 6 §§ 1. 3. Und auf Grund sonstiger Umstände dürfte denn wohl die Behauptung nicht allzu gewagt erscheinen: daß wir in der Klage mit

klägerischer Abschätzung eine Nachbildung griechischen Rechtes vor uns haben.

Bei andern Privatdelikten ging man anders zu Werke. Wenn ein Fremder wegen furtum klagte oder belangt wurde, so konnte er nach IV, 37 als römischer Bürger fingiert werden. Ebenso verhielt es sich mit der actio ex lege Aquilia. Hier hat also das römische Recht über das fremde den Sieg davongetragen. Dagegen bei der Beleidigungsklage mit klägerischer Schätzung hat sich das fremde Recht neben dem römischen behauptet.

17. Die Beleidigungsklage mit klägerischer Abschätzung erscheint dem römischen Verfahren gegenüber als ein Fremdkörper, den man bemüht war dem Vadimonium anzupassen. In dieser Beziehung gingen die Ansichten von Gajus und Paulus auseinander. Vermutlich erfolgte hier eine Aenderung durch das Juliansche Edikt. Nach Ulp. Coll. 2, 2 § 1, einer fehlerhaft überlieferten Stelle, sind vielleicht drei Arten von Beleidigungen anzunehmen.

18. Ob das Vadimonium im griechischen Rechte übernommen wurde? Bisher dürfte ein derartiger Beweis nicht erbracht sein. Insonderheit nicht durch Pap. Oxyrh. II, 260. Das τὰ συμφωνηθέντα, dem wir hier begegnen, ist der Gegenstand der Uebereinstimmung. Das braucht noch lange kein Vertrag der Parteien zu sein, wie wir ihn doch beim Vadimonium nötig haben. Die Uebereinstimmung der Parteien beruht hier vielmehr darauf: daß sie bis zu einem bestimmten Tage vor dem Erzrichter erscheinen und ausharren wollen, bis die Streitsache erledigt sein werde; und erfolgt durch die beiden von den Parteien dem Bureau des Strategen gegenüber geleisteten Eide.

19. Vom allgemeinen Begriffe iniuria, im Sinne von Beleidigung, hat sich wieder abgetrennt die atrox oder grauis iniuria.

Eine Gliederung der schweren Beleidigung nach drei Richtungen sehen wir Labeo bei Ulp. fr. 7 § 8 vornehmen: sie

geschehe aut persona aut tempore aut re ipsa. Bei Gajus haben wir ebenfalls eine Dreigliederung vor uns: uel ex facto . . uel ex loco . . uel ex persona. Dasselbe gilt von Paul. sent. 5, 4 § 10: aut loco aut tempore aut persona. Weiter ausgebaut ist die Dreigliederung I. I. IV, 4 § 9.

Großen Nachdruck legt in dieser Beziehung Ulpian auf die Person, nicht bloß des Beleidigten, sondern auch des Beleidigers. In letzterer Beziehung finden wir bei ihm fr. 17 § 3 die Behauptung: iniuriae . . factae . . a seruis graues sunt.

Unter dem Prinzipate macht sich dann der Gegensatz zwischen uterque ordo und humilis persona auch bei der atrox iniuria bemerkbar. Hierauf wird hingewiesen bei Gajus mit dem Beispiele si . . senatoribus ab humili persona facta sit iniuria, das aber vielleicht erst später hinzugefügt wurde.

Hieran reiht sich der weitere Gegensatz von honestior und humilior persona, der nicht bloß für das römische Strafrecht im allgemeinen von großer Bedeutung wurde, sondern ebenso die atrox iniuria mitergriff. Als Hauptstelle kommt in Betracht Paul. sent. 5. 4 § 10, deren Ueberlieferung freilich zu wünschen übrig läßt.

Wir haben es hier meines Erachtens zu tun einmal mit den Angehörigen der beiden höchsten Stände, des Senatorenstandes und der Ritterschaft, denen sich anschließen die Dekurionen der römischen Gemeinden; den letzteren sind weiter beigesellt die Magistrate und Aedilen; zum Schlusse erscheint der iudex, womit vor allen Dingen auf den Provinzialstatthalter hingewiesen sein wird.

Diese alle bilden einen Gegensatz zum Plebejer in neuerer Bedeutung, der auch humili loco natus genannt wird; und eine Beleidigung, die der Plebejer bzw. die niedrige Person einem von ihnen zugefügt, gilt unter allen Umständen als eine schwere Beleidigung.

Was ferner das Verhältnis der honestiores untereinander anbetrifft, so scheint dasselbe sich dahin entwickelt zu haben:

daß die von einem im Range Nachstehenden dem Vornehmeren zugefügte Beleidigung ebenfalls als eine schwere aufzufassen sei.

20. Die lex Romana Burgundionum kam in Betracht für die römischen Provinzialen. Der fünfte Titel handelt De iniuriis aut cedibus admissis. Für uns hat besonderes Interesse der § 1, wo auf Gajus hingewiesen wird mit den Worten: Secundum regulam Gai sub titulo De iniuriis. Die Regel, um die es sich handelt, wird III, 225 unterzubringen sein.

Freilich ist auch diese Regel wieder nicht fehlerfrei überliefert. Vielleicht wäre so zu ergänzen: iniuria enim grauis est, quae in publico uel in ⟨foro uel ab humili⟩ore personae honestiori inferetur.

Eine solche Regel findet sich allerdings nicht in der Veroneser HS., wie sich hier auch keine Titelüberschrift De iniuriarum actione darbietet. In dieser Beziehung ist zu bedenken, daß die Verfasser der lex Rom. Burg. die römischen Rechtsquellen nicht in ihrer Reinheit benutzt, sondern in dem Zustande, den sie im Laufe der Zeit angenommen hatten. Und wie die von den Verfassern der lex Rom. Burg. benutzte HS. hier eine Titelüberschrift gehabt haben wird, die in der Veroneser HS. fehlt, ist auch sonst mit der Möglichkeit zu rechnen, daß die nachgajanischen Zusätze nicht überall dieselben waren.

Uebersicht.

Conspectus Rerum.

II. De rebus

Grundstock.

88. Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa diuisio in duas species diducitur. Omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.

89. Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur.

90. Re contrahitur obligatio uelut mutui datione, qua res pondere, numero, mensura constat: qualis est pecunia numerata uinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem sed alia eiusdem naturae reddantur. 91. Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur: nam proinde ei condici potest 'si parret eum dare oportere', ac si mutuum accepisset.

92. Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione ueluti: 'dari spondes? spondeo'; 'fide promittis? fide promitto'.

95 a. Sunt et aliae obligationes, quae uerbis quidem sed uno tantummodo loquente possunt contrahi nulla praecedente interrogatione: ueluti si mulier, quae nuptura est, nondum marito dotem dicat. Dos autem sine matrimonio esse non potest. Igitur a nullo sic obligando sibi mulierem dos adquiritur, nisi secutae erunt nuptiae. Dotis dictio fieri potest tam de mobilibus rebus quam de fundis et aedibus, tam de rebus corporalibus quam

incorporalibus. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et parens mulieris uirilis sexus per uirilem sexum cognatione iunctus: uelut pater, auus paternus. Item si debitor mulieris iussu eius, dum nuberet, idem doti dicat, quod debet. Alius autem obligari eo modo non potest. **96.** Item uno loquente et sine interrogatione alteri scilicet promittente in futurum contrahitur obligatio: id est si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iurauit. Et est haec sola causa, ex qua iureiurando contrahitur obligatio; sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur.

97. Si id quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio: uelut si quis locum sacrum uel religiosum, quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur. **97a.** Item si quis rem, quae in rerum natura esse non potest, uelut hippocentaurum, stipuletur, aeque inutilis est stipulatio. **98.** Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, ueluti 'si digito caelum tetigerit', inutilis est stipulatio. **99.** Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ignorans rem suam esse dari sibi eam stipuletur. **100.** Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur 'pos mortem meam dari spondes?' uel ita 'pos mortem tuam dari spondes?'

110. Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere, qui idem stipulatur, quem uulgo adstipulatorem uocamus. **113.** Id est minus adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sum, ille sestertia V stipulari potest.

114. In hoc autem iure quaedam singulari iure obseruantur. Nam adstipulatoris heres non habet actionem. Item seruus adstipulando nihil agit. Is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non adquirit, quamuis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat: ac ne ipsi quidem aliter actio conpetit, quam si sine kapitis diminutione exierit de potestate parentis:

ueluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis iuauguratus est.

115. Pro eo quoque qui nobis promittit possunt ali obligari[1]), quorum alios sponsores, alios fidepromissores appellamus. **119.** Illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi uerborum, quamuis is ipse, qui id promiserit, non fuerit obligatus: ueluti si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet pos mortem suam dari promiserit. **120.** Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur. **121.** Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio. **122.** Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit: nam si quis horum plus sua portione soluerit, de eo quod amplius dederit aduersus ceteros actioues constituit. Quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur. **123.** Praeterea lege Cicereia cautum est, ut is, qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret: et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fideipromissores in eam obligationem accepturus sit. Et nisi praedixerit, permittitur sponsoribus et fideipromissoribus intra diem XXX praeiudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit; et si iudicatum fuerit praedictum non esse, liberantur.

128. Litteris obligatio fit ueluti in nominibus transscripticiis. Fit a nobis nomen transscripticium duplici modo: uel a re in personam uel a persona in personum.

[1]) Das solent in § 115 weist freilich auf Gajus hin. Der Grundstock verlangt aber ebenfalls schon einen derartigen Uebergang. Ob wir vielleicht in dem S. 158 Zle 10 der HS. erhaltenen pro ēo, das doch wohl für pro eo zu nehmen wäre, noch einen Rest eines älteren Ueberganges zu erblicken haben?

129. A re in personum scriptio fit, ueluti si id, quod mutuum ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. **130.** A persona in personum transscriptio fit, ueluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te solutionis ergo delegauerit mihi. **131.** Alia causa est eorum nominum, quae arcaria uocantur.

168. Tollitur obligatio praecipue solutione eius quod debeatur. Fit autem liberatio et alio pro debitore soluente. **169.** Item per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est ueluti imaginaria solutio: quod enim ex uerborum obligatione tibi debeam, id si uelis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec uerba me dicere 'quod ego tibi promisi habesne acceptum?' et tu respondeas 'habeo'. **170.** Quod genere, ut diximus, tantum eae obligationes soluuntur, quas uerbis contrahimus, non etiam ceterae. Sed id quod ex alia causa debeatur potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolui. **171.** Quamuis uero dixerimus perfici acceptilationem imaginaria solutione, tamen mulier sine tutore auctore acceptum facere non potest, cum alioquin solui ei sine tutore auctore possit.

173. Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis recepticium est: ueluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum esset. **174.** Adhibemus autem non minus quam quinque testes et libram tenentem eiusdem condicionis, qui appellatur libripens; deinde is qui liberatur ita oportet loquatur: 'quod ego tibi tot milia condemnatus iudicio sum, me eo nomine de te soluo liberoque hoc aere aeneaque libra; hanc tibi libram primam postremamque expendo de legem publicam'; deinde asse percutit libram eumque det ei, a quod liberatur ueluti soluendi causa.

176. Praeterea nouatione tollitur obligatio: ueluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interuentu nouae personae noua nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem. **177.** Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum nouatio fit, si quid in posteriore stipulatione noui sit: forte si condicio uel sponsor adiciatur aut trahatur.

180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum: nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipiat autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestationis causa incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc quoque apud ueteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, pos litem contestatam condemnari oportere, pos condemnationem iudicatum facere oportere.

182. Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur: ueluti si quis furtum fecerit.

184. Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Ali uero ulterius quod eo loco deprehenditur, ubi fit: ueluti si in ipso oliueto oliuarum, in uineto uuarum furtum factum est, quamdiu in eo oliueto aut uineto fur erit. **186.** Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem furtiua res quaesita et inuenta est: nam in eum propria actio constituta est, quamuis fur non sit, quae appellatur concepti. **187.** Oblatum furtum dicitur, cum res furtiua tibi ab aliquo oblata sit, eaque apud te concepta sit: ueluti quae data tibi fuerit. Nam tibi, apud quem concepta est, propria aduersus eum qui optulit, quamuis fur non sit, constituta est actio.

189. Poena manifesti furti ex legei XII tabularum capitalis est: nam liber uerberatus addicitur ei cui furtum fecit. In eum autem qui seruus est uerberatum acrius uindicatur. **190.** Nec manifesti furti poena per

legem tabularum dupli inrogatur. **191.** Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est. **192.** Lex autem praecipit, ut qui quaerere uelit nudus quaerat licio cinctus lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.

195. Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amouet et tollit, sed generaliter cum qui rem alienam inuito domino contrectat. **196.** Itaque si quis rem quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit. Et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur: ueluti si quis argentum utendum acceperit et id peregre secum tulerit.

200. Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit: ueluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit.

202. Interdum furti tenetur, cum ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est: in quo numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius surriperet; uel opstitit tibi, ut alius surriperet; aut oues aut boues tuas fugauit, ut alius eas exciperet. Et hoc ueteres scripserunt de eo, qui eo panno rubro fugauit armentum.

204. Constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse.

210. Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est: si quis hominem alienum eamue quadrupedem, qua pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur. **212.** Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur, sed sane si seruo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium serui sit, id quoque aestimatur: ueluti si seruus meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit. Non enim tantum ipsius

pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. Item si ex gemellis uel ex comoedis uel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius qui conputat damnum totum, id quoque conputat quod ceteri qui supersunt depretiati sunt. **214.** Quod autem ad istum seruum adiectum est in hac lege 'quanti in eo anno plurimi ea res fuerit' illud efficit, si clodum puta aut luscum seruum occiderit, qui in eo anno integer fuit, ut non quanti clodus aut luscus, sed quanti integer fuit, aestimatio fiat. Quo fit, ut quis plus interdum consequatur, quam ei damnum datum est.

215. Capite secundo ad adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur.

217. Capite tertio de omni cetero damno cauetur. Itaque si quis seruum uel eam quadrupedem, quae pecudum numerod est, uulnerauerit, siue eam quadrupedem, quae pecudum numerod non est, ueluti canem aut feram bestiam uel ursum leonem uulnerauerit uel occiderit: ea hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus item in omnibus rebus, qua anima carent, damnum iniuria datum hac parte uindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum, actio hoc capite constituitur; quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. **218.** Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is qui damnum dederit. Ac ne 'plurimi' quidem uerbum adicitur; et ideo quidam putauerunt liberum esse iudici eum ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, uel ad id quod minoris fuit.

220. Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus uel etiam uerberatus erit; sed et si cui conuicium factum fuerit; siue quis bona alicuius sciens eum nihil sibi debere proscripserit;

siue quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit; siue quis matremfamilias aut praetextatum adsectatus fuerit.

223. Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os uero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, ueluti fusti si libero os fractum erat, at si seruo CL; propter ceteras uero iniurias XXV assium poena erat constituta.

Schreibweise der Veroneser Handschrift.

Einzel- und Doppelbuchstaben.

		Seite
a statt e	179, 2 atqua statt atque	57
a statt ae	152, 5 cetera statt ceterae	3
	177, 8 qua|sita statt quaesita	53
	182, 11 quasitum statt quae-	66
ae statt a	158, 9 filiae statt filia	13
ae statt e	158, 1 qui aex statt qui ex	12
	162, 7 iurae statt iure	21
	179, 12 aecum statt equum	58
c statt g	153, 7 oplicando statt oblig-	5
c statt q	160, 10 $\overline{qc}$ statt $\overline{qq}$ = quoque	17
	170, 9 cui statt qui	38
c statt s	155, 15 cestertia statt sest-	9
	163, 24 concensu statt cons-	25
	179, 23 colligitaret statt soll-	60
c statt ch	154, 17; 155, 22; 174, 16 scolae statt sch-	8. 10. 47
c statt qu	167, 22 ecum statt aequum	32
	179, 12 aecum statt equum	58
c fällt aus	182, 17 tretat statt trectat	66
d statt m	179, 5 admouet statt ammouet für amouet	57
d statt t	180, 14 dum statt tum	61
d statt dd	176, 14 quodum statt quod dum	51
dd statt d	155, 9 redducitur statt reduc-	9
	184, 6 manddati statt mandati	70
d fällt aus	163, 24 quo statt quod	25
d schiebt sich ein	179, 11 cendam statt cenam	58
e statt i	159, 2 deducitur statt did-	16
	171, 24 nomene statt nomine	41
	176, 7 deducantur statt did-	50

		Seite
	182, 19 lecti ſtatt delicti	67
e ſtatt oe	186, 20 penae ſtatt poenae	77
e ſtatt c̄	175, 14 contestatione ſtatt -on c̄ = onis causa	48
ē ſtatt e	161, 22 ēēa ſtatt ēea = est eam	20
	166, 12 ēuenit ſtatt eu-	30
ē ſtatt ēē	173, 13 e̅t̅ ſtatt e̅e̅t̅ = esset	44
e fällt aus	170, 11 furo ſtatt fuero	38
	173, 23 librari ſtatt -berari	46
e ſchiebt ſich ein	171, 14 libereos ſtatt -ros	40
	181, 8 deari ſtatt dari	62
g ſtatt c	152, 7 eregam ſtatt Graecam	3
	152, 10 gregi ſtatt Graeci	4
	179, 23 colligitaret ſtatt sollicit-	60
g̅ ſtatt c̄	182, 7 c̄ = causa	65
g fällt aus	180, 12 ſtatt et vielleicht eo = ego	61
g ſchiebt ſich ein	173, 16 mego ſtatt me ego = me eo	45
i ſtatt e	161, 13 Corniliae ſtatt Cornel-	19
	172, 12 accipisset ſtatt accep-	42
	181, 21 pic ſtatt pec = pecuniae	64
i ſtatt u	181, 23 sim ſtatt sum = suum	64
i fällt aus	160, 23 solus ſtatt solius	18
	163, 23 stis ſtatt istis	25
	172, 1 adquri ſtatt adquiri	41
	179, 11 inutaturus ſtatt inuit-	58
i ſchiebt ſich ein	152, 16 transfieri ſtatt transferri	4
	154, 7 iniutilis ſtatt inutilis	7
	159, 11 adiici ſtatt adici	16
	159, 16. 17; 160, 5; 161, 6. 8. 16; 162, 8 fideipromissor ſtatt fidepro-	16. 17. 19. 20. 21
	161, 22 debitiuri ſtatt -turi	20
	163, 12 obiligentur ſtatt oblig-	24
	171, 5 dariint ſtatt dar int	39
	182, 20 quiadrupli ſtatt quad-	67
	185, 17 iuerberatus ſtatt uerb-	74
l ſtatt ll	179, 16 intelegant ſtatt intelle-	59
ll ſtatt l	181, 16 pullienda ſtatt poli-	63
l fällt aus	181, 10 ue ſtatt uel	63
m ſtatt n	176, 7 im ſtatt in	50
m̅ ſtatt m	161, 17 om̅nibus ſtatt omn-	19
m fällt aus	154, 20 sua ſtatt sua|m	8
	156, 2 inutile ſtatt -lem	10

		Seite
	161, 22 ea statt eam	20
	181, 19 ia statt iam	64
	182, 19 actione statt -nem	67
	183, 14 syponiacis statt symp-	68
m überflüssig	167, 1 uenditionem statt -ne	31
	167, 1 locationem statt -ne	31
	167, 10 mercedem statt -de	31
	170, 7 mandatum statt -tu	38
	179, 4 causam statt -sa	57
	180, 3 umtrum statt utr-	60
	186, 8 apertem statt -te	76
n statt m	161, 19 tunc statt tum cum	20
	168, 1 conmune statt comm-	33
	172, 1 conmunem statt comm-	41
	173, 17 postreman statt -mam	45
n fällt aus	154, 17 nominus statt non min-	8
	162, 9 possit statt possint	21
	162, 10 obligaretur statt -rentur	21
	165, 12 uideatur statt -antur	28
	165, 24 quati statt quanti	29
	176, 3 nascu|tur statt -cuntur	50
	180, 20 extate statt extante	62
	184, 3 tati statt tanti	70
n schiebt sich ein	152, 1 rensponsione statt resp-	3
	170, 17 possent statt -set	38
	174, 1 ind statt id	46
	178, 13 occupantis statt -patis	56
	179, 17 intellexissent statt -set	59
o statt u	151, 19 totae statt tutae	2
	181, 16 pullienda statt poli-	63
	183, 11 occisos statt -sus	68
o schiebt sich ein	154, 2 iuoris statt iuris	7
p statt b	153, 7 oplicando statt oblig-	5
p statt φ	183, 14 syponiacis statt symph-	68
p fällt aus	164, 20 emta statt empta	26
	165, 10 emtionem statt empt-	28
p schiebt sich ein	185, 12 item psi statt item si	73
q statt qq	175, 15 q-que statt qq = quoque	49
	178, 15 q·ratur statt qq·ratur = quod quaer-	56
r statt rr	152, 16 fieri statt ferri	4
	179, 24 perferet statt -ferret	60

		Seite
r fällt aus	176, 17 fuerit statt fur erit	51
s statt ci	173, 12 receptisum statt -ticium	44
s̄ statt s	183, 24 quis̄ statt quis	69
s statt ss	184, 3 ese statt esse	70
	186, 11 qui seruo statt quis seruo	76
ss statt s	155, 18 iuris subiecti statt iuri subi-	9
	163, 19 sesscribat statt se scrib-	25
	185, 12 s|seruum statt seruum	73
	185, 23 modis|s statt modis	75
s fällt aus	161, 1 supradicti app- statt -tis app-	19
	183, 8 sanei statt sane si-	68
t statt tt	152, 3 promitis statt -mittis	3
	181, 7 commiteretur statt -mitte-	62
	184, 3 ese tati statt esset tanti	70
tt statt t	179, 15 uttendas statt utendas	59
t fällt aus	159, 15 accipi statt -pit	16
	162, 15 esse statt esset	22
	167, 5 facere statt -ret	31
	169, 8 oportere statt -ret	35
	178, 3 esse statt esset	55
	178, 14 inueneri statt -rit	56
	178, 23 si statt sit	57
	180, 10 eri statt erit	61
	185, 11 cecideri statt -rit	73
t schiebt sich ein	166, 15 autferatur statt aufer-	30
	170, 20 atctionem statt acti-	39
	178, 7 esset statt esse	55
u statt e	160, 10 adiuuun statt adiuuen	17
u statt i	184, 20 proximus statt -mis	72
	186, 24 illu statt illi	77
u statt o	167, 14 tutorum statt tot-	32
u statt ii	179, 16 sunt statt si int	59
u statt uu	151, 15 tum statt tuum	2
	151, 18 mutum statt mutuum	2
	154, 8 mortum statt mortuum	7
	166, 12 perpetum statt -tuum	30
	169, 9 superuacum statt -cuum	36
	181, 23 sim statt sum = suum	64
u fällt aus	172, 14 nullis statt nullius	42
	180, 10 sae statt suae	61
u schiebt sich ein	182, 2 unuam statt unam	67

Vertauschung von Buchstaben.

		Seite
b· statt r·	163, 3 reb· statt rer· = rerum	23
b· statt s	175, 13 litib· statt litis	48
c statt e	173, 16 ⟨d⟩c (nicht ⟨d⟩o) statt de	45
c̄ statt ō	174, 19 ō = oportet	47
d statt o	154, 2 iudris statt iuoris	7
e statt c	152, 7 c = g, eregam statt Graecam	3
e statt o	163, 9 ipse statt ipso	24
e statt c̄	175, 14 contestatione statt -onc̄ = -onis causa	48
ē statt t	180, 16 inēdum statt intdum = interdum	61
i statt a	177, 16 obliti statt oblati	54
	186, 17 erit statt erat	77
i statt e	168, 16 iro statt ero	34
i statt f	182, 13 adiectum statt adfectum	66
	185, 7 iame statt fame	73
i statt t	153, 23 si statt st = e⟩st	6
l statt i	173, 19 el statt ei	45
n statt u	157, 9 indicio statt iudicio	12
o statt e	186, 13 potenti statt pet-	76
p statt f	176, 2 rep- statt ref-	50
ꝑ statt p	163, 4 quiꝑpe = quiperpe statt quippe	24
	163, 10 p̄ecae statt p̄ecae = pecuniae	24
r statt p	183, 1 recudum statt pec-	67
t statt r	176, 2 repetemus statt referemus	50

Elision.

	Seite
152, 1 interrogationet = -one et	3
152, 23 stipulatagitur = -latu ag-	5
153, 23 causex = causa ex	6
157, 6 quidem = qui idem	11
159, 2 ū et = uer et = uero et	15
159, 3 ualde = uald est = ualde est	15
159, 4 interdus = -du is = -dum is	15
159, 5 quid = qui id	15
161, 22 debitiuri statt -turi = tum iri	20
167, 7 quidemptionem = quidem empt-	31
170, 20 quidea = quidem ea	39
171, 5 dariint statt darint = dare int	39
171, 24 nomeneius statt nomine eius	41
173, 16 mego statt me ego = me eo	45
174, 1 indexistimant statt idem ex-	46

Ausfall von Silben und Buchstaben.

		Seite
186, 2	ueltiae statt uel Titiae	75
186, 8	tumeliam statt cont-	76
186, 23	prosillu statt prout illi	77

Versetzung von Silben und Buchstaben.

166, 2	fulloin statt fulloni	29
169, 7	id in statt in id	35
170, 1	ti sibi statt si tibi	37

Silben bzw. Buchstaben zuviel.

154, 10	putabatat statt putabat	7
154, 14	co|condicione statt condicione	8
162, 7	In eo iure quoque iurae	21
165, 1	in in ceteris statt in cet-	27
170, 1	contratrahi statt contrahi	37
174, 16	detractationem statt detractionem	47
176, 10	obligatum statt oblatum	51
177, 8	furtibusa statt furtiua	53
180, 2	serumuo statt seruo	60
181, 8	Aliquiliam statt Aquiliam	62
182, 4	necessese statt necesse	65
182, 6	praestatum statt praestat	65
184, 22	puputauerunt statt puta-	72
186, 21	penae|ne statt poenae	77

Endsilben und Buchstaben, die für voraufgehende Wörter in Betracht kommen.

161, 14	id pro eodem = idem pro eodem	20
167, 15	mancipior emendorum = -piorum em-	32
180, 12	creditor pignori statt creditori pign-	61

Endsilben und Endbuchstaben, die für nachfolgende Wörter in Betracht kommen.

162, 9	-um fideiussor = -um fideiussorum	21
170, 24	se = sestertiis	39
177, 20	ad = addictione	54

Abkürzungen.

151, 19	totae statt tutae = tutore auctore	2
154, 14	stipulaq = stipulatio	7
156, 18	tm = tutorem	11
126, 9	$\overline{\text{r.g.}}$ = regula	21
162, 20	an = a nobis	22

Vertauschung von Abkürzungen.

Stellenverzeichnis.

Codex Theodosianus

Collatio leg. R. et M.

Dosithei regulae

Festus

Institutiones Iustiniani

Pauli sententiae

Petronius

Plautus

Textbemerkungen.

Seite

Ferner wird sich Aquilius bei der Stipulation nicht der dritten, sondern der zweiten Person bedient haben . . . 382

Dig. 47, 2 de furtis fr. 12 pr. Der Schluß von si autem an ist interpoliert; auch semper agit ist verdächtig, ebenso der sich anschließende Satz praestare enim custodiam debet . . . . 487 flg. 491. 520. 552

Dig. 47, 2 de furtis fr. 14 § 10. Die culpa wohl nicht interpoliert 507

Dig. 47, 2 de furtis fr. 14 § 16. Bei der Antwort auf die gestellte Frage scheinen sich die Kompilatoren beteiligt zu haben . . . . 508 flg. 552

Dig. 47, 2 de furtis fr. 14 § 17. Hier ist interpoliert custodia eius . . et si und uel si . . accipit; ferner der ganze Schlußsatz . . . . 486 flg. 513. 537. 551

Andererseits könnte beim Uebergang zum Interesse gestrichen sein 552

Dig. 47, 2 de furtis fr. 15 pr. Das non vor credito ist erst später eingeschoben 474. 551

Dig. 47, 2 de furtis fr. 15 § 2. Vor ergo vermißt man etwa folgenden Gedanken: hoc tamen ita accipiendum est. si nullas retinendi causas habuisti 458. 553

Dig. 47, 2 de furtis fr. 46 § 1. Das dupli wohl später eingeschoben . . . . , . . . 471. 551

Dig. 47, 2 de furtis fr. 48 § 4. Mit dem quia-Satz ist eine Veränderung vorgenommen 511. 520. 552

Dig. 47, 2 de furtis fr. 54 § 1. Zu Anfang lautete die Stelle vielleicht ursprünglich: Si seruus ⟨commodatoris ei cui commodauit⟩ commodatoris. Ferner scheint hinter subripuerit eingeschaltet zu sein: et soluendo sit is cui subreptum est 513. 553

Dig. 47, 2 de furtis fr. 91 pr. Vor oder bei sed iudicem könnte gestrichen sein 484

Dig. 47, 8 ui bon. rapt. fr. 2 § 20. Die utilis actio beruht wohl auf Interpolation; vor etiam muß etwas ausgefallen sein 569

Dig. 47, 8 ui bon. rapt. fr. 2 § 23. Der Schluß der Stelle von nam et furti an ist meines Erachtens später angefügt 516. 553

Dig. 47, 9 de incendio fr. 12 § 1. Hier ist humillimo in humiliore geändert, ferner et Romae gestrichen . . . . 665 flg.

Dig. 47, 10 de iniuriis fr. 7 § 8. Statt praetoris ist vielleicht ursprüngliches populi Romani anzunehmen 659

Dig. 47, 10 de iniuriis fr. 15 § 2. Das cuius opera factum esse wird im Julianschen Edikt erst neu hinzugekommen sein . 619

Dig. 47, 10 de ini. fr. 15 § 31. Hier ist occupauerit an die Stelle von proscripserit getreten 621. 685

Berichtigungen und Ergänzungen.

Seite 10 Zle. 9 v. u. ist vor 'Rechnung' einzuschieben: keine.
„ 34 „ 10 v. o. ist zu setzen renuntiau⟩ero statt —ue⟩ro.
„ 45 „ 14 v. o. lies e statt o.
„ 45 „ 4 v. u. lies milia statt milibus.
„ 46 „ 13 v. u. ist 'oben' zu streichen.
„ 73 „ 3 v. o. siehe wegen des statt Quo vorgeschlagenen Ideoque Hugo Krüger in Grünhuts Z. Bd. 41 S. 311.
„ 95 Zle. 15 v. o. lies 'der Einheit' statt 'die Einheit'.
„ 117 letzte Zle. lies 664/90 statt 604/90.
„ 171 Zle. 15 v. u. ist hinter 24 einzuschalten: Schluß.
„ 176 „ 12 v. o. lies 'durchgesetzt' statt 'fortgesetzt'.
„ 204 „ 5 v. o. lies III, 21 statt III, 15.
„ 207 „ 13 v. o. lies 'Erkl.' statt 'im §'.
„ 266 „ 5 v. u. lies 'Angeldes' statt 'Angels'.
„ 269. Neben L. 51 und P. 21 der leges Const. Theod. Leonis hätte noch verwiesen werden können auf R I, 22; II, 32; III, 51 bei Sachau, Syrische Rtsb. Bd. 1 S. 13; 65 flg.; 159.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 4578